



PUBLICACIÓN SEMESTRAL

Vol. 21, No. 38
Julio-diciembre 2024

NÚMERO CONMEMORATIVO
(ANIVERSARIOS 125 DEL TRIBUNAL SUPREMO
Y 100 DE LA JURISDICCIÓN DEL TRABAJO)



ISSN 1810-0171 (Impresa)
RNPS 0504



Esta obra se publica bajo la licencia
de reconocimiento/atribución
no comercial *creative commons* 4.0.

Director: Rubén Remigio Ferro

Coordinadora general: Maricela Sosa Ravelo

Editora principal: Aymee Fernández Toledo

Editora de sección: Yanelis Ponce Téllez

Editora de sección: Maryla Anna Pérez Bernal

Corrector: Juan Ramón Rodríguez Gómez

Maquetador: Ramón Caballero Arbelo

JUSTICIA Y DERECHO

Publicación semestral

Vol. 21, No. 38, julio-diciembre 2024

ISSN (Edición impresa): 1810-0171

RNPS: 0504

TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

Aguilar 367, e/ Obispo y Obrapía,
La Habana Vieja, La Habana, Cuba.

📞 (53) 786 98839

🌐 revistajd.tsp.gob.cu

✉️ revistajd@tsp.gob.cu

ÍNDICE

CUAL NOTA EDITORIAL

DOS ACONTECIMIENTOS MEMORABLES PARA LA JUDICATURA CUBANA

Two remarkable events for the Cuban judiciary

- **M.Sc. AYMEE FERNÁNDEZ TOLEDO** / 7

VADEMECUM

PERSONAS ADULTAS MAYORES Y RELACIONES FAMILIARES:

CAVILACIONES AL FILO DEL NUEVO CÓDIGO DE LAS FAMILIAS

Older people and family relationships: Reflections from the new Family Code

- **DR. LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO** / 25

PROCEDIMIENTOS COLECTIVOS DE LAS EMPRESAS CON DIFICULTADES

FINANCIERAS EN EL DERECHO FRANCÉS

Collective procedures for companies with financial difficulties in French Law

- **DR. HÉCTOR DOMINIQUE** / 112

REFLEXIÓN Y SOCIALIZACIÓN

CONSTITUCIÓN DE 2019: EFICACIA DE DERECHOS Y GARANTÍAS

Constitution of 2019: Effectiveness of rights and guarantees

- **DRA. MARTHA PRIETO VALDÉS** / 132

CONSTRUCCIÓN IUSINTERNACIONAL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

International legal construction of general principles of law

- **DR. ALEJANDRO GONZÁLEZ MONZÓN Y M.Sc. ERNESTO MOREIRA SARDÍNAS** / 151

RAZONABILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES:

SU CONTRIBUCIÓN A UNA CULTURA DE PAZ

Reasonableness of Judicial Decisions: Contribution to a peace culture

- **DR. ALIE PÉREZ VÉLIZ** / 179

SENTIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE DISTRIBUCIÓN SALARIAL

Meaning and scope of the principle of wage distribution

- **M.Sc. ULISES PADILLA SÁNCHEZ** / 200

NECESARIA RECONFIGURACIÓN DE LA LICENCIA POR RESPONSABILIDAD FAMILIAR
Essential reconfiguration of family responsibility leave

- **M.Sc. LYDIA NIEVES GUEVARA RAMÍREZ** / 232

PROTECCIÓN A LAS FAMILIAS: MIRADA JURÍDICA DESDE LA SEGURIDAD SOCIAL
Family protection: Legal view from the social security

- **M.Sc. AYMEE FERNÁNDEZ TOLEDO Y M.Sc. EDILTRUDYS VERDECIA MOCK** / 263

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:
¿PRINCIPIOS IRRECONCILIABLES?
Child best interest and presumption of innocence: Irreconciliable principles?

- **M.Sc. YANELIS PONCE TÉLLEZ Y DANIEL ALEJANDRO CORRALES PONCE** / 300

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

LA DELEGACIÓN VOLUNTARIA Y PARCIAL DEL EJERCICIO
DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL
The voluntary and partial delegation of the exercise of parental responsibility

- **DR. LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO** / 326

ENTORNO

TRASCENDENCIA JURÍDICO-SOCIAL DE LA VULNERACIÓN ALEGADA
EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL
Social-legal significance of the alleged violation in the constitutional amparo process

- **DR. JORGE OLVER MONDELO TAMAYO Y Esp. GUILLERMO MORA GALÁN** / 363

EL DERECHO DEL TRABAJO DEL SIGLO XXI: ¿DIFERENTE?
Labour law in the 21st century: Different?

- **M.Sc. GUILLERMO FERRIOL MOLINA** / 380

REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL
DESDE LA REALIDAD CUBANA
Critical reflections concerning labour intermediation from the Cuban fact

- **Lic. YANNARA PÉREZ ÁLVAREZ** / 397

LA PREVENCIÓN DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL EN LÍNEA
The prevention of online child sexual abuse

- **Lic. YENEY VALIDO ANDRÉS** / 426

RELATORÍA DEL XI ENCUENTRO INTERNACIONAL JUSTICIA Y DERECHO
Report of the XI International Meeting on Justice and Law

- **M.Sc. AYMEE FERNÁNDEZ TOLEDO** / 443

SIGLAS Y ABREVIATURAS

Las denominaciones de las disposiciones normativas que se citan en *Justicia y Derecho* se corresponden con las reglas de uso del idioma español.

El presente documento solo contempla las siglas, los acrónimos y las abreviaturas no declarados, expresamente, en cada uno de los trabajos publicados.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

ACNU: Asociación Cubana de Naciones Unidas.

CC-PCC: Comité Central del Partido Comunista de Cuba.

CG-TSP: Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

GOR-E: Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria.

GOR-EE: Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición especial.

GOR-O: Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria.

INE: Instituto Nacional de Estadísticas (España).

NNA: niño y adolescente, con femeninos y plurales.

OACNUDH: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

OPS: Organización Panamericana de la Salud.

ONBC: Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

ONEI: Oficina Nacional de Estadísticas e Información.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

PNUD: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

S-TCE: Sentencia del Tribunal Constitucional de España.

S-TSE: Sentencia del Tribunal Supremo de España.

TCE: Tribunal Constitucional de España.

UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México.

CUAL NOTA EDITORIAL



DOS ACONTECIMIENTOS MEMORABLES PARA LA JUDICATURA CUBANA

TWO REMARKABLE EVENTS FOR THE CUBAN JUDICIARY

■ M.Sc. AYMEE FERNÁNDEZ TOLEDO

Magistrada, Sala del Trabajo y de la Seguridad Social,
Tribunal Supremo Popular, Cuba

<https://orcid.org/0000-0001-8041-2803>

aimee@tsp.gob.cu

Justicia y Derecho celebra, este 2024, dos acontecimientos trascendentales para la judicatura nacional: el aniversario 125 de la creación del Tribunal Supremo y el centenario del nacimiento de la jurisdicción del trabajo. Ambos —aún insuficientemente explorados en toda su dimensión— marcaron hitos en la historiografía jurídica nacional. Por ello, en el espacio inicial del presente número se dedican algunas líneas a comentar tales sucesos.

SURGIMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO

La máxima autoridad judicial de la Cuba colonial radicaba en la metrópoli española. Primero, había asumido ese rol el Consejo Supremo y Real de Indias, creado en 1924,¹ durante el reinado de Carlos I, a semejanza del Consejo de Castilla, con plenas atribuciones jurisdiccionales sobre los territorios conquistados en América, que incluían las funciones legislativas, administrativas o de gobierno, guerra, reli-

¹ Las fuentes empleadas en este trabajo permitieron precisar la información ofrecida al respecto en *El Sistema judicial cubano, apuntes para una historia* (TSP, 2017, pp. 26-27), para el cual se tomó como punto de partida una amplia compilación previa, en la que no se contrastaron e identificaron, en todos los casos, los textos consultados.

gión y justicia, todas ellas en calidad de máxima instancia, con el lastre que suponía la distancia entre dicha autoridad y los territorios sobre los que ejercía sus poderes, causa de lentitud y corrupción, y no pocas contradicciones, basadas en la inadecuación de sus designios a la realidad americana. Luego, por Real Decreto de 24 de marzo de 1834 —que sucedió a un período en que, de la mano del regente Felipe V, se crearon las secretarías de Marina e Indias, para los asuntos castrenses y la administración de las colonias, lo cual supuso una reducción significativa de las prerrogativas del Consejo—, se situó en la cúspide de la impartición de justicia el Tribunal Supremo de España e Indias (Luque Reina, 2022).

El «Reglamento provisional para la administración de justicia», de 26 de septiembre de 1835, dividió a dicho tribunal en tres salas, dos de ellas para la península e islas adyacentes, y una para ultramar. Completaron la regulación de la organización judicial las «Ordenanzas para las audiencias» y el «Reglamento de los juzgados de partido», de 19 de octubre del propio año. Por Real Orden (15 de agosto de 1836), el máximo órgano cambió su denominación por la de Tribunal Supremo de Justicia, al cual pertenecía la Sala de Indias, desaparecida por otro Real Decreto (17 de enero de 1854), y muy pronto restablecida. Así, tras una amplia lista de disposiciones organizativas de lo judicial, se llega a la «Ley provisional de organización de los tribunales» (15 de septiembre de 1870), devenida Ley orgánica del Poder Judicial, con las modificaciones que se le introdujeron el 14 de octubre de 1882 (Poder Judicial de España, 2024, s.p.).

De conformidad con estas disposiciones normativas, el Tribunal Supremo, único de su tipo, radicaba en la capital de la monarquía y ejercía su jurisdicción en todo el territorio español; se componía de una sala de gobierno y cuatro de justicia (de lo civil, de admisión en lo criminal, de casación en lo criminal, de recursos contra la Administración), un presidente, cuatro presidentes de sala y 28 magistrados (siete por cada sala) —artículos 12, última línea, y 59-64 (1882, pp. 6, 18-19). Esa era la regulación vigente al llegar a su fin la Guerra de los Diez Años.

Con la extinción del dominio colonial hispano en la isla antillana, la organización judicial quedó acéfala. El Tratado de París (1901, s.p.), de 10 de diciembre de 1898, por el que España renunció a «todo derecho de soberanía y propiedad sobre Cuba», mientras que Estados Unidos se comprometió

a ocupar la isla «para la protección de vidas y haciendas» —Artículo 1—, solo contempló medidas para la culminación de los asuntos pendientes al canjearse las ratificaciones, mas dejó irresoluta la cuestión orgánica señalada.

De acuerdo con el Artículo 12 de dicho instrumento:

1. Las sentencias dictadas en causas civiles entre particulares ó en materia criminal, antes de la fecha mencionada, y contra las cuales no haya apelación ó casación con arreglo a las leyes españolas, se considerarán como firmes, y serán ejecutadas en debida forma por la Autoridad competente en el territorio dentro del cual dichas sentencias deban cumplirse.

2. Los pleitos civiles entre particulares que a la fecha mencionada no hayan sido juzgados, continuarán su tramitación ante el Tribunal en que se halle el proceso, ó ante aquel que lo sustituya.

3. Las acciones en materia criminal pendientes en la fecha mencionada ante el Tribunal Supremo de España contra ciudadanos del territorio que según este tratado deja de ser español, continuarán bajo su jurisdicción hasta que recaiga la sentencia definitiva, pero una vez dictada esa sentencia, su ejecución será encomendada á la Autoridad competente del lugar en que la acción se suscitó. (Departamento de Estado, 1901, s.p.)

Tal vacío se mantuvo hasta el 14 de abril de 1899, cuando mediante la Orden No. 41, del gobernador general, se creó el Tribunal Supremo, el primero en suelo antillano (United States Army, 1899, pp. 13-23). Este órgano, cuya sede radicaría en la capital de la isla, con jurisdicción sobre todo el territorio cubano, estaría integrado por un presidente, seis magistrados, un fiscal, dos tenientes fiscales, un secretario, dos oficiales de sala y el personal subalterno (tres oficiales y tres escribientes de Secretaría, tres alguaciles, un portero y dos mozos de limpieza), en total, 26 cargos.

De acuerdo con la Orden, firmada por el general norteamericano Oswald Herbert Ernst, en calidad de Brigadier General de Voluntarios y Jefe de Estado Mayor Interino, el Tribunal se constituiría como Sala de Justicia o Sala de Gobierno. En el primer caso, la integrarían

el presidente y los seis magistrados, y tendría a su cargo el conocimiento de los asuntos que le estuviesen atribuidos por las leyes, entre ellos, el juzgamiento de las causas seguidas contra dignidades políticas y judiciales (presidente, magistrados, fiscal y tenientes fiscales del Tribunal Supremo; presidente, presidentes de sala, magistrados, fiscales y tenientes fiscales de las audiencias; secretarios de despacho del gobernador militar; gobernadores provinciales), los juicios por responsabilidad civil contra los funcionarios judiciales antes mencionados, los recursos de queja respecto a los autos denegatorios de la admisión de la casación, los recursos de casación admitidos (infracción de ley o doctrina legal, o quebrantamiento de forma), las cuestiones de fondo cuando se declarase con lugar el recurso de casación por infracción de ley o doctrina legal, los recursos de revisión en materia civil, criminal y contencioso-administrativa, las apelaciones contra las decisiones de la Audiencia de La Habana, en lo contencioso-administrativo, la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, la extradición y otros —disposición VII, pp. 14-15.

En el segundo supuesto, es decir, al actuar como Sala de Gobierno, se compondría por el presidente, los magistrados y el fiscal (o el teniente fiscal que debiera sustituirlo), y estaría encargado de velar por la buena administración de justicia en todo el territorio nacional, con competencias gubernativas, administrativas, disciplinarias y reglamentarias. El fiscal debería intervenir en las sesiones con voz y voto, salvo cuando se tratara de asuntos disciplinarios —disposiciones VIII y IX, pp. 15-16.

Tanto en un caso como en el otro, las decisiones se acordarían por mayoría absoluta de votos. Las providencias serían dictadas por tres magistrados, y los autos y las sentencias, por cinco; siempre que se interesara la imposición de penas de muerte o privación perpetua de libertad, o así se hubiera dispuesto en la sentencia recurrida, el número de magistrados se extendería a siete.

La Sala de Gobierno se entendería válidamente constituida con la presencia de cinco de sus miembros y sesionaría, de forma ordinaria, una vez por semana, salvo cuando no existiesen asuntos para tratar o el presidente convocase a sesiones extraordinarias. Los acuerdos deberían adoptarse de manera fundada, aunque sin necesidad de

sujeción a la forma de Resultados y Considerandos, propia de los pronunciamientos judiciales hasta tiempos recientes.

Todos los funcionarios del Tribunal Supremo serían nombrados por el gobernador militar —quien podría escuchar el parecer del Secretario de Justicia— y tomarían posesión de sus cargos en audiencia pública, ante el propio Tribunal, constituido en Sala de Gobierno. La antigüedad y la precedencia en cargos de igual categoría era computable a partir del nombramiento; cuando la primera fuera igual, la segunda se determinaría con arreglo a la edad. Dato curioso es que los oficiales de sala, equivalentes hoy a los secretarios judiciales de sala, también juraban el cargo y tomaban posesión ante el órgano gubernativo.

Para ocupar los cargos de presidente, magistrado, fiscal, teniente fiscal, secretario u oficial de sala, se requería ser mayor de edad (23 años), ciudadano cubano —o aceptante de la condición de cubano, según el Artículo 9 del Tratado de París—, abogado y no estar comprendido en causas de incapacidad o incompatibilidad (impedimento físico o intelectual, procesado por delito, condenado, sancionado por delito que hiciera desmerecer el buen concepto público, entre otras). Por otra parte, al consagrarse la disconformidad entre el ejercicio de la actividad judicial y el de cualquier otra jurisdicción, cargo o empleo del Estado, la provincia o el municipio, u otros empleos auxiliares o subalternos en juzgados o tribunales, al igual que el de las profesiones de abogado, procurador, notario o cualquier otro empleo o actividad (industria, comercio, granjería, sociedades mercantiles...) se sentaban las bases del principio de dedicación exclusiva que, en resguardo de la independencia judicial, ha pervivido hasta la actualidad —disposiciones XXXVII-XLI, pp. 21-23.

La Orden, además, previó la sustitución de los magistrados del Tribunal Supremo, cuando estos estuviesen imposibilitados de intervenir en los asuntos debido a la recusación u otro motivo; el primer lugar de prelación correspondía al presidente de la Audiencia de La Habana, seguido de los presidentes de sala y los magistrados de ese órgano. Entre quienes estuvieran en igual categoría, se prefería al más antiguo y, entre los que contasen con igual tiempo de permanencia, al de más edad. Tales reglas deberían observarse, a su vez,

cuando fuera necesaria la sustitución del presidente, máxima figura de la organización judicial.

Este tenía entre sus funciones la de presidir la Sala de Justicia, aunque nunca podía ser designado como ponente; velar por que los demás funcionarios y empleados judiciales actuasen con apego a la ley; emitir informes sobre la administración de justicia nacional; dar cuenta a la Sala de Gobierno de las faltas en que incurrieran los magistrados; atender las quejas de los interesados referentes a la administración de justicia en cualquier tribunal y adoptar las providencias que le permitiesen sus facultades para solucionarlas, por ejemplo, en caso de retrasos en los despachos podía llamar la atención a los presidentes de las audiencias o informar a la Sala de Gobierno, entre otras.

La disposición asignaba una cantidad anual fija a los gastos de materiales. La Sala de Gobierno distribuía esta, a su leal saber y entender, entre la Presidencia y la Fiscalía, que la administraban libremente. Tal previsión puede considerarse como antesala de la independencia judicial, en su faz financiera.

La nómina inicial del alto foro no tuvo la composición que, hasta el momento, se pensaba (TSP, 2017, p. 26). Así lo confirman las órdenes 49 y 65, de 4 y 31 de mayo de 1899, respectivamente, ambas suscritas por el militar norteamericano Adna Romanza Chaffee, como Brigadier General, Jefe del Estado Mayor (United States Army, 1899, s.p.). En la primera de ellas, según se expone literalmente, se nombraron, para presidente del Tribunal Supremo, Antonio González de Mendoza; magistrados, Pedro González Llorente, José García Montes, Luis Estévez Romero, Eudaldo Tamayo, Ángel Betancourt y Rafael Cruz Pérez; fiscal, Federico García Mora; tenientes fiscales, Octavio Giberga y Carlos Revilla; secretario, Federico García Ramis, y oficiales de sala, Armando de la Riva y Silverio Castro Infante.

Por la segunda, en cambio, se designó a Octavio Giberga, antes teniente fiscal, como magistrado y, en el cargo de este, a Manuel Ochoteco Vías. Aunque el nombramiento no explica las razones de la sustitución de Luis Estévez Romero como magistrado, a tan pocos días de su designación, ello pudo deberse a sus incursiones en la política, si se toma en cuenta que, para octubre de 1899, el también conocido por su matrimonio con la benefactora de Santa Clara, Mar-

ta Abreu, ya era el presidente del Partido Nacional Cubano, lo cual le valió la vicepresidencia durante el primer mandato de Tomás Estrada Palma (1902-1906).

A pesar de las objeciones que pudieran formularse a la regulación antes comentada, ella tuvo el mérito de haber salvado el vacío estructural y funcional que se generó con la separación de la colonia, y de haber dado vida, así, al primer órgano supremo de impartición de justicia en suelo nacional, próximo al contexto político, social y jurídico interno, a diferencia de su predecesor hispano. Sagazmente, el gobierno interventor respetó la tradición judicial y procesal importada del viejo continente, para entonces asentada en la juridicidad cubana (sobre todo con los bríos renovadores que le trajo el movimiento codificador de finales de siglo), pero realizó en ella las adecuaciones que permitieron su articulación con el nuevo diseño institucional.

En particular, llama la atención el principio de unidad jurisdiccional, vigente hasta hoy, concretamente valorado por Matilla (2021, p. 87), siguiendo a Álvarez Tabío, para el ámbito de lo contencioso-administrativo. El trazado judicial de entonces, con los aditivos que, luego, se le incorporaron en ese momento histórico y en los posteriores, ha trascendido hasta el presente. Sus esencias, vistas con ojos generosos, perduraron en las constituciones (1901, 1940, 1959, 1976, 2019) y las leyes organizativo-funcionales (Ley orgánica del Poder Judicial de 1909, 1250 de 1973, 70 de 1977, 82 de 1997 y 140 de 2021), no sin algunos altibajos que, dada la intención de esta exposición, se prefiere soslayar. Son parte de ese cuadro, junto a la ya mencionada unidad de jurisdicción, el principio de independencia judicial, la profesionalidad del servicio, la carrera judicial, el régimen de exigencias e incompatibilidades para el ejercicio de la función, la responsabilidad, todos ellos premisas de lo que, modernamente, se entiende como parte de la calidad de la justicia y ha madurado en su evolución. Lo anterior se afirma, eso sí, desde una dimensión meramente normativa, haciendo abstracción de los contextos políticosociales de cada etapa, pues los hechos —ya se sabe— no siempre acompañan a la ley, en su letra y en su espíritu, y así como cada tiempo tiene su signo, en un examen más contextualizado e integral del asunto, no todo sería motivo de orgullo.

NACIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN DEL TRABAJO

El otro acontecimiento al que rinde tributo la publicación, en esta ocasión, es la creación, el 9 de junio de 1924, de las comisiones de inteligencia, primera manifestación jurisdiccional patria propiamente diseñada para dar solución, en lo judicial, a los conflictos entre empleadores y trabajadores.

De acuerdo con lo previsto en la disposición normativa fundacional, que pasó a la historia como «Ley de inteligencia de los puertos» —aunque no fuera esta su denominación originaria—, tales comisiones se crearon con la finalidad de que solventaran cuantas cuestiones se suscitasen entre los patronos y los trabajadores que prestaban sus servicios a las industrias y los comercios marítimos, o entre estos, en relación con contratos de trabajo, salarios, jornada máxima, descanso, huelga, paro u otros aspectos que los afectasen, directa o indirectamente. Entre sus cometidos, se consideraba la recomposición de la paz social por medio de la conciliación. Espacialmente, la competencia alcanzaba a los diferendos nacidos en el puerto en que cada una de aquellas se constituía.

El surgimiento de dichos órganos estuvo marcado, sin dudas, por la influencia del pujante movimiento obrero nacional del primer cuarto del siglo xx (Fernández Bulté, 2003, s.p.), en especial, el acontecido en el sector portuario —en la búsqueda de mejoras en las condiciones laborales (jornadas, salarios, tarifas...)—, ubicado, a la sazón, como el segundo en protagonizar el mayor número de huelgas, superado solo por el tabacalero (Domínguez-Cabrera, 2023, pp. 145-180); pero, también, a la que tuvieron, en lo interno, las experiencias internacionales resultantes del debate en torno a la *cuestión social*, que cuajaron, jurídicamente, en la justificación de la necesidad de medios institucionales especializados para la protección de los derechos laborales, alejados de los cauces del proceso civil, para entonces identificado como *excesivamente formalista, lento y costoso*.

Los dos referentes más cercanos de esa tendencia, en la época, fueron los tribunales de conciliación y arbitraje, establecidos por la Constitución de Querétaro, de 1917 (2017, p. 25), y los tribunales industriales europeos, surgidos en Alemania y España, en 1890 y 1908, respectivamente (Buen Lozano, 1997, p. 32; Montero Aroca, 1982, p. 34; Alonso Olea, 1980, p. 564). Ambos cuerpos jurisdiccionales

incorporaron dos principios claves, relativos a su integración: la tripartición (juez-empleador-trabajador) y la paridad en el número de representantes entre los dos factores de la producción (empleador-trabajador).

También lo hicieron las comisiones de inteligencia cubanas, las que estuvieron compuestas por idéntico número de patronos y obreros, en cantidad no superior a cinco miembros propietarios por cada parte e igual cifra de suplentes. Desde entonces hasta nuestros días, las consabidas máximas han acompañado a las variadas fórmulas de solución de conflictos por las que ha transitado el iuslaboralismo nacional.

Presidía la Comisión el juez de primera instancia del lugar en que se ubicaba el puerto, y, en caso de no haberlo, el juez municipal del término correspondiente, de acuerdo con la organización judicial dispuesta por la «Ley orgánica del poder judicial», de 27 de enero de 1909 (Lazcano y Mazón, 1931, p. 28),² consistente, a su vez, con la Constitución de 1901 (Torres-Cuevas y Suárez Suárez, 2018, p. 358). Donde había varios jueces, la presidencia recaía en el más antiguo, según el escalafón judicial.

Las comisiones de inteligencia radicaban en la sede del Juzgado y los aseguramientos para su funcionamiento corrían a cargo del Ministerio de Justicia, al igual que los referidos a la administración de los tribunales, en general. El secretario de Gobierno del Juzgado respectivo actuaba, asimismo, como el de la Comisión, salvo para el caso de la correspondiente al Puerto de La Habana, que contaba con uno propio.

Las resoluciones de las comisiones de inteligencia eran recurribles ante el secretario de Agricultura, Comercio y Trabajo —como, a la sazón, se denominaba el ente estatal encargado de todas las cues-

² De acuerdo con el diseño plasmado en esta disposición, el sistema judicial estaba conformado por el Tribunal Supremo, radicado en la capital de la República, una audiencia en cada distrito (La Habana, Pinar del Río, Matanzas, Santa Clara —provincia denominada así entre 1869 y 1953—, Camagüey y Oriente), uno o más juzgados de primera instancia, de Instrucción y Correccionales, en cada partido, e igual cifra de juzgados municipales por término municipal. A ellos les correspondía, en exclusiva, la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles, criminales y contencioso-administrativos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

tiones laborales, escindido, a partir de 1933, en las secretarías de Agricultura y Comercio, y de Trabajo—, y las de este, en apelación, ante la Sala de lo Civil y lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de acuerdo con el Artículo 21 de la Ley orgánica del Poder Judicial de 1909, modificado por la de 28 de septiembre de 1936, que creó la Sala de lo Contencioso-Administrativo y de Leyes Especiales. Los recursos se interponían dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución de que se tratase, mediante escrito en el que la parte interesada solicitaba que la impugnación le fuera admitida y sustanciada, sin más exigencias.

El recurso ante el Tribunal Supremo se tramitaba y resolvía en un plazo de 20 días. El órgano judicial podía interesar todos los antecedentes e informes que juzgara convenientes, a las autoridades y colectividades de la República; para ello, disponía de los antecedentes del asunto y podía conceder audiencia a los interesados. Lo decidido en este nivel adquiría firmeza inmediata. La resolución judicial era notificada al secretario del ramo y el presidente de la Comisión de Inteligencia correspondiente, a la cual se devolvían las actuaciones para que se encargase de la ejecución del fallo.

Lo anterior confirma que el asunto se iniciaba en la sede judicial; luego, era objeto de control —mediante impugnación— por un órgano de la Administración, cuya decisión, a su vez, podía dar lugar a la instancia de un nuevo proceso judicial, independiente del anterior, pero en este caso, en la vía contencioso-administrativa (hasta el máximo órgano de justicia). Ese procedimiento resulta, cuando menos, curioso; sin embargo, en ningún caso podría ser evaluado a la luz de los postulados técnico-jurídicos de la contemporaneidad ni de una perspectiva de puridad dogmática.

La opción legislativa pudiera hallar explicación en múltiples elementos: *Primero*, el Derecho laboral, social o del trabajo se configura, desde su nacimiento, como una mezcla de normas procedentes de campos jurídicos diversos: constitucional, administrativo, civil, procesal...; le interesa más ser efectivo en su fin tutelar que la procedencia o filiación de las instituciones. Esa misma tendencia se expresa en los órdenes institucional y procesal; de hecho, este último es un terreno movedizo, con idas y venidas cíclicas entre la jurisdicción administrativa y la judicial, o la combinación de ambas.

Segundo, en la época en que surgen las comisiones de inteligencia, la organización de los tribunales aún es portadora de rasgos de la herencia colonial española y el principio de independencia judicial no se halla suficientemente desarrollado y afianzado, a pesar de la concentración de la función judicial —antáño concebida como un poder estatal, a tono con la teoría de tripartición de poderes— en el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales instituidos en las leyes.

Tercero, en ese momento histórico, se percibe una fuerte presencia del ejecutivo en la correlación de fuerzas políticas dentro de la institucionalidad estatal.

Cuarto, a raíz de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, se producen el nacimiento y apogeo de las secretarías del trabajo en Latinoamérica, con protagonismo en la vida interna de las naciones.

En 1945, Álvarez Tabío —entonces juez municipal de Guanabacoa—, en sus comentarios sobre los tribunales del trabajo, a propósito de la Constitución de 1940, resumió magistralmente las ideas comentadas cuando aseguró que

todas las constituciones de la post-guerra acogieron estos principios [los expresados en el Tratado de Versalles, por el que se constituyó la OIT] de una manera decisiva, y al par que se inició la constitucionalización de la legislación social, surgió también la necesidad de crear organismos adecuados para el estudio, aplicación y modificación de aquella. Y así como del árbol frondoso del derecho privado se desprendió la ya exuberante rama del derecho social, también de la Administración pública se segregaron los organismos adecuados con estructura propia que se ocuparían no sólo de velar por la estricta aplicación de la legislación obrera, sino de mantener entre el capital y el trabajo la indispensable armonía sin la cual la convivencia social sería imposible. Para la solución de los conflictos individuales y colectivos también se recomendó la creación de una jurisdicción especial. Así nació la jurisdicción laboral y con ella los Tribunales del Trabajo. (pp. 73-80)

Aunque el autor se refiere a otra realidad jurídica: la de la jurisdicción del trabajo, tal cual se previó en el texto constitucional mencionado,

sus reflexiones acerca de los orígenes son aplicables a las comisiones de inteligencia. De ahí que, a pesar de las críticas que pudieran formularse al modo en que se organizó la impugnación de las decisiones de estas, parece más conveniente reparar en sus múltiples bondades: la simplicidad de las formas, la brevedad, la actuación oficiosa en procura de elementos de convicción, la búsqueda de consenso por medio de la participación, la tutela recursiva, la mayor presencia de la oralidad, el control a la ejecución de las decisiones, todas las que han trascendido hasta el presente.

La jurisprudencia dejó sentada la relevancia que tuvo esta vía resolutiva en innumerables ocasiones. Una Sentencia de 13 de octubre de 1937 se pronunció en sentido amplio con relación a la legitimación para acudir a ese medio de defensa, al entenderlo concedido tanto a un grupo como a un individuo, al inspector o al obrero a quien afectara la denuncia formulada por cualquiera de los anteriores, y, en todos los casos, al patrono o empresa de que se tratase (Sánchez, Raggi y Escanaverino, 1942, p. 517).

Por su parte, otra Sentencia, de 21 de febrero de 1939, ante la omisión normativa de una ley posterior, en cuanto a la resolución de las divergencias surgidas entre los obreros, preservó el derecho de estos de acudir a la Comisión de Inteligencia, como único medio procesal de que disponían, «en cumplimiento de lo prevenido en los textos legales vigentes en relación con las reglas de [la] hermenéutica» (Sánchez, Raggi y Escanaverino, 1942, p. 518).

La Ley de 9 de junio de 1924 fue complementada o modificada por otras disposiciones. Por el Decreto No. 668, de 16 de mayo de 1933, se extendió a 10 días el plazo para la interposición de los recursos administrativos y judiciales previstos en aquella, los que debían presentarse por conducto del presidente de la Comisión. El Decreto-Ley No. 323, de 10 de julio de 1934, varió el precepto en el que se disponía que donde hubiera varios jueces, la Comisión de Inteligencia estaría presidida por el más antiguo, dado que, en el Partido Judicial de La Habana, quien reunía ese atributo era el juez decano, al que correspondían otras funciones, según la ley (Lazcano y Mazón, 1931, p. 105). Se dispuso, entonces, que, en tal supuesto, la presidencia recaería en el juez de primera instancia o municipal designado por la Sala de Gobierno de la Audiencia respectiva, según el turno estable-

cido al efecto; por ese orden, además, se designaban dos suplentes para sustituir a aquel. La fórmula normativa se avenía al protagonismo que tenía el órgano interno de gobierno de los tribunales en las decisiones sobre la carrera judicial, particular rescatado por la vigente Ley No. 140, de 28 de octubre de 2021, «De los tribunales de justicia» —Artículo 29.1 m), n), ñ), o) y p) [GOR-O, (137), p. 3938].

Por su parte, la Ley de 12 de abril de 1939 esclareció que las comisiones de inteligencia estarían integradas por igual número de patronos y obreros, y que la del Puerto de La Habana contaría con un secretario, asistido por un oficial y un escribiente; el primero de ellos, sería designado por la Sala de Gobierno de la Audiencia capitalina, a propuesta del juez que presidiera la Comisión, y los demás, se escogerían por este, de acuerdo con la Ley orgánica del Poder Judicial. A la vez, se ratificó que las comisiones de los restantes puertos actuarian con el secretario de Gobierno del juzgado respectivo.

El Decreto No. 892, de 22 de marzo de 1943, ante la necesidad de no paralizar las actividades en los puertos, en virtud de la intervención de Cuba en la II Guerra Mundial, impedía que las comisiones suspendieran las actividades laborales, con motivo de las reclamaciones presentadas, sin la autorización del organismo competente.

Las comisiones de inteligencia desempeñaron un rol tan decisivo en la articulación del sistema de protección de los derechos laborales que, para 1935, ya se había naturalizado la alusión a los *juzgados del trabajo*, a pesar de no encontrar reconocimiento expreso en la organización judicial —solo referida a las materias criminal (luego penal), civil y contencioso-administrativa— y el predominio de estas dos últimas vías en la composición de los conflictos del orden social; así aparecía, expresamente, en las disposiciones finales de la Ley No. 91, de 12 de abril de 1935, creadora de la Secretaría de Trabajo.

Con la entrada en vigor del Decreto No. 798, de 13 de abril de 1938, «Reglamento de los contratos referentes al trabajo», parte de las competencias encargadas a dichas comisiones pasaron al secretario del Trabajo, con impugnación judicial mediante el proceso contencioso-administrativo. Aun cuando subsistieron las dos formas resolutivas, lo referente a la formalización de la relación laboral, individual y colectiva, y sus efectos, cualquiera que fuera el sector o actividad en que se concertaran —con excepción de los expresamente exclui-

dos por aquella disposición—, quedó reservado, preliminarmente, al ámbito jurisdiccional de la Administración del trabajo.

Ello dio lugar a una amplia jurisprudencia que se encargó de enfatizar la preminencia del contencioso-administrativo para esta clase de asuntos (Horrego Estuch, 1953, pp. 1044-1046), junto a otros que ya le estaban encargados, como los de funcionarios y empleados públicos, o los motivados en accidentes de trabajo.

Al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, instituido por la Constitución de 1940, se le encargaron, entre otras cuestiones, las jurídico-políticas y de legislación social que el propio texto y la ley sometiesen a su consideración. En lo que interesa a esta reflexión, la requerida atribución competencial se alcanzó con la Ley No. 7, de 31 de mayo de 1949, que instituyó ese órgano y lo facultó para conocer de los recursos de apelación en varias cuestiones laborales (retiros, pensiones, jubilaciones o seguros sociales, accidentes del trabajo, despido de obreros, descanso retribuido, excedencias, escalafones, sindicación, contratos, salarios, jornadas, maternidad obrera, condiciones y derechos de trabajo), incluidas las decisiones de las comisiones de inteligencia, con lo cual quedó eliminado el procedimiento administrativo —que comenzaba ante el secretario del ramo y concluía con la resolución del recurso por el presidente de la República— y, también, el contencioso-administrativo que podía incoarse una vez finalizado aquel.

En el orden práctico, al no promulgarse la ley de desarrollo de las comisiones de conciliación, previstas en la Constitución, o la jurisdicción del trabajo, como también se les identificó, para conocer de los asuntos en primera instancia, la competencia del alto foro se contrajo a las impugnaciones contra las decisiones de las comisiones de inteligencia y poco más.

Estos últimos órganos sobrevivieron durante más de 30 años hasta desaparecer con la Ley No. 759, de 11 de marzo de 1960, «Nueva ley de procedimiento laboral y normas especiales sobre despido obrero», que tuvo entre sus propósitos el de unificar las disímiles vías de solución de conflictos vigentes en el país —comisiones de inteligencia obrera, de conciliación, de cooperación social, procedimientos administrativos—, y articular un medio de defensa uniforme y eficaz.

Desaparecía así el germen de la judicialización laboral nacional, pero ya la semilla estaba plantada y vería la luz, tras el período de provi-

sionalidad revolucionaria, con la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral de 1977, a la cual precedieron todo el espíritu renovador de la jurisdicción social desplegado a raíz de la Constitución del 40, en lo teórico y lo normativo, la profunda obra de justicia social emprendida a partir de 1959 y el arraigo de los más nobles principios sentados por las comisiones de inteligencia, en los mecanismos de solución de conflictos laborales. Ellos trascendieron, también, a los códigos de trabajo de 1984 y 2013; se mantuvieron, en su esencia, en la reforma procedural de los 90 y ahora reverdecen en el proceso **Sumario** del trabajo y la seguridad social, previsto en el Código de procesos.

La historia, ya se sabe, ha de relatarse cual es; sin especulaciones en torno a lo que pudo o debió ser. Desde esta mirada, las comisiones de inteligencia, aun con sus limitaciones, demostraron que el desarrollo de los mecanismos de solución de los conflictos laborales en Cuba discurría en sintonía con el resto del orbe; a la vez, pusieron de manifiesto algunos de los principios más esenciales de la justicia social, que la acompañarían durante las ulteriores transformaciones normativas y abrieron la puerta a la especialización de la jurisdicción judicial, desde un enfoque tutelar.

Mucho ha cambiado, desde entonces, la faz de la justicia. El ejercicio de la función judicial se distingue hoy por el culto a la dignidad humana y, de la mano de esta, el respeto a los más sagrados valores y principios jurídicos que informan el Derecho, y llevan a los jueces al buen puerto en que habitan el equilibrio, la paz y la justicia. Pero esa dama augusta no podría defender lo que es, sin honrar, también, lo que ha sido. Reza el tango insigne «que 20 años no es nada»; qué decir de cien. A un siglo de la irrupción de la Comisión de Inteligencia en el Derecho nacional, cuando también se conmemora una centuria y cuarto de la creación del Tribunal Supremo, la judicatura nacional dignifica sus legados. ¡Súmese esta entrega de *Justicia y Derecho* al agasajo!

REFERENCIAS

- Alonso Olea, M. (1980). *Derecho del trabajo* (6.^a ed. renovada). Universidad Complutense de Madrid.

- Álvarez Tabío, F. (Abril, 1945). Los tribunales del trabajo y la Constitución de 1940. *Repertorio Judicial*, (4), 73-80.
- Álvarez Tabío, F. (1954). *El proceso contencioso-administrativo (doctrina, legislación, jurisprudencia)*. Librería Martí.
- Buen Lozano, N. de. (1997). El nacimiento del Derecho del trabajo. En Buen Lozano, N. de y Morgado Valenzuela, E. (Coords.). *Instituciones del Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 27-46. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Constitución Política del Estado de Querétaro. (1917). Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDConstituciones/pdf/QUE1.pdf>, consultado el 6 de octubre de 2017
- Domínguez-Cabrera, D. (Mayo-agosto, 2023). Conflictos portuarios y derechos laborales en la bahía habanera (1901-1918). *Historelo*, 15(33), 145-180. <https://doi.org/10.15446/historelo.v15n33.101779>
- Fernández Bulté, J. (2003). Capítulo IX: La segunda etapa de la república neocolonial (1909-1933). En *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*. (s.e.)
- Horrego Estuch, L. (1953). *Legislación social de Cuba. Leyes, normas reglamentarias y jurisprudencia. Apéndice general*. Selecta Librería.
- Lazcano y Mazón, A. M. (1931). *Ley orgánica del Poder Judicial de la República de Cuba*. Cultural.
- Luque Reina, A. M. (2022). *El Consejo Real de España e Indias en la construcción del Estado administrativo (1834-1836)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Ley No. 140, «De los tribunales de justicia». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (137), 3929-3975.
- Ley orgánica del Poder Judicial, de 15 de setiembre de 1870 y Ley adicional a la misma de 14 de octubre de 1882, ampliadas con notas, referencias y disposiciones aclaratorias*. (1882). El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Municipales.

- Matilla Correa, A. (2021). *Breve historia de la justicia administrativa en Cuba hasta 1958*. Unijuris.
- Montero Aroca, J. (1982). *El proceso laboral* (t. 1, 2.^a ed.). Bosch.
- Poder Judicial de España. (2024). Historia del Tribunal Supremo. www.poderjudicial.es
- Sánchez Roca, M., Raggi y Ageo, C. M. y Escanaverino, A. (1942). *Leyes del trabajo y su jurisprudencia. Recopilación del Derecho laboral vigente y de las sentencias del Tribunal Supremo que lo interpretan*. Lex.
- Torres-Cuevas, E. y Suárez Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones* (t. 1). Imagen Contemporánea.
- Tratado de paz entre los Estados Unidos de América y el Reino de España. (1901). En *Las leyes y resoluciones de la primera asamblea legislativa de Puerto Rico*. Departamento de Estado.
- Tribunal Supremo Popular. (2017). *El Sistema Judicial cubano: Apuntes para una historia* [col. Memoria Judicial VII]. Tribunal Supremo Popular.
- United States Army, Division of Cuba, Main Entity. (1899). *Civil Orders and Circulars*. Headquarters, Division of Cuba. <https://ufdc.ufl.edu/aa00009790/00001>

VADEMECUM

SE PONEN A DISPOSICIÓN DEL LECTOR
ALGUNAS DE LAS CONFERENCIAS MAGISTRALES
PRONUNCIADAS EN EL XI ENCUENTRO
INTERNACIONAL JUSTICIA Y DERECHO



PERSONAS ADULTAS MAYORES Y RELACIONES FAMILIARES: CAVILACIONES AL FILO DEL NUEVO CÓDIGO DE LAS FAMILIAS

*OLDER PEOPLE AND FAMILY RELATIONSHIPS:
REFLECTIONS FROM THE NEW FAMILY CODE*

■ DR. LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

Profesor titular de Derecho civil, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana; notario, Cuba¹

<https://orcid.org/0000-0002-8174-6773>

gallardo@lex.uh.cu

Resumen

El envejecimiento demográfico es una realidad en el entorno cubano. El país es hoy uno de los más envejecidos del continente. Se hace necesario crear herramientas legales que estimulen y promuevan la autonomía y la inclusión familiar, comunitaria y social de este sector etario poblacional, y que permitan visibilizar sus derechos, con especial énfasis en los ejercitables en el ámbito familiar. El actual Código de las familias de Cuba ofrece una mirada que transversaliza tales derechos y fortalece las herramientas legales que facilitan las opciones en materia de guarda y protección, a la vez que incentivan el financiamiento privado de la vejez.

¹ El autor es, además, miembro de la Junta Directiva Nacional de la Unión de Juristas de Cuba, presidente de la Sociedad Científica de Derecho Civil y de Familia y vicepresidente de la Sociedad del Notariado cubano; Académico Honorario de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid (España) y de la Academia de Ciencias Sociales y Jurídicas de Córdoba (Argentina); presidente del Consejo editorial de la *Revista Cubana de Derecho*; Doctor Honoris Causa de la Universidad de Pinar del Río (Cuba). Ha sido profesor invitado en múltiples universidades; atesora innumerables méritos académicos y una amplia lista de publicaciones científicas.

Los propósitos del legislador no son entendibles si no se incorporan los lentes de los derechos humanos, cuestiones todas que se desarrollan en la presente conferencia.

Palabras clave: Personas adultas mayores; familias; autodeterminación; acogimiento familiar; guarda de hecho; alimentos voluntarios; derechos humanos.

Abstract

Demographic ageing is a reality in the Cuban environment. The country is today one of the most ageing countries on the continent. It is necessary to create legal tools to stimulate and promote the autonomy and family, community and social inclusion of this age group, and to make their rights visible, with special emphasis on those that can be exercised in the family environment. The current Family Code of Cuba offers a perspective that cross-cuts these rights and strengthens the legal tools that facilitate options in terms of care and protection, while at the same time encouraging the private financing of old age. The legislator's intentions are not understandable without incorporating the lens of human rights, all of which are discussed in this conference.

Keywords: Older adults; families; self-determination; foster care; de facto guardianship; voluntary maintenance; human rights.

Sumario

I. Envejecimiento demográfico en Cuba: un dato que trasciende al Derecho familiar; II. Personas adultas mayores en el Código de las familias: una mirada transversal; 2.1. La recepción del principio de respeto a los deseos, voluntades y preferencias de las personas adultas mayores; 2.2. El reconocimiento del derecho a la autodeterminación y el respeto a voluntades, deseos, preferencias, independencia e igualdad de oportunidades en la vida familiar; 2.3. El derecho de comunicación familiar; 2.4. El derecho a la vida familiar libre de discriminación y violencia; III. Instituciones de guarda y protección de las personas adultas mayores; 3.1. Guarda de hecho; 3.2. Acogimiento familiar; 3.3. Contrato de alimentos; IV. Los derechos de las per-

sonas adultas mayores desde un perfil vertical; 4.1. El derecho a una vida familiar con dignidad; 4.2. El derecho a una vida autónoma e independiente; 4.3. El derecho a elegir el lugar de residencia; 4.4. El derecho a un entorno accesible; 4.5. El derecho a la autorregulación de la protección futura; 4.6. El derecho a la participación e inclusión social; V. Deberes; 5.1. Deberes de las personas adultas mayores para con su familia; 5.2. Deberes de las familias para con las personas adultas mayores; 5.3 Redes institucionales y comunitarias de protección; VI. Conclusiones; VII. Referencias.

I. ENVEJECIMIENTO DEMOGRÁFICO EN CUBA: UN DATO QUE TRASCIENDE AL DERECHO FAMILIAR

Cuba se encuentra entre los países más envejecidos de América Latina. Eso es una verdad como un templo. De hecho, Cuba, Uruguay y Argentina son los países más envejecidos de la región, al tener por encima del 20 por ciento de la población con más de 60 años de edad (Huenschuan, 2013, pp. 34-35; Velásquez, 2018, s.p.). En el caso de Cuba, en el año 2014 se proyectaba que alcanzaría a Uruguay en el 2025, pero ello aconteció desde hace años (Mesa-Lago, 2020, p. 143).

El envejecimiento demográfico es

el proceso por el cual se produce el incremento de la significación porcentual de los adultos mayores (personas de sesenta o más años) en relación con la población total donde [sic.] ellos pertenecen, en particular, con respecto a los niños y adolescentes menores de quince años. O sea, que, si una sociedad envejece, demográficamente hablando, ello no depende solo del número de adultos mayores que en ella viven, sino del incremento de su proporción con respecto a otros sectores poblacionales de menor edad. (Chávez, 2020, p. 134)

De acuerdo con Mesa-Lago (2020),

en Cuba, la cohorte joven de la población se contrajo de 36,9% en 1970 a 16% en 2018; además, se proyecta que bajará a 15,5% en 2030. Entretanto, la cohorte vieja ha crecido: de 6,9%

en 1953, [a] 20,4% en 2018; y se proyecta que ascenderá a 30,1% en 2030. (p. 144)

Según los resultados de las últimas investigaciones, en 2021 la población de personas adultas mayores (PERAM) ascendía al 21,6%, y el proceso de envejecimiento poblacional se caracterizaba por su velocidad y homogeneidad, y por estar acompañado de un crecimiento natural negativo y, en consecuencia, un decrecimiento poblacional (Alfonso, Mena y Ranero, 2022, p. 4).

Concluye Puentes (2023) que,

son hoy las familias compuestas por adultos mayores en Cuba una realidad predominante. Ya sean [sic.] en familias extendidas, unipersonales, los adultos mayores forman parte esencial de una sociedad envejecida. La población cubana ha sufrido una reducción simultánea y preocupante en el porcentaje de personas menores de 15 años frente al aumento del peso relativo de la población de 60 años y más. (p. 264)

Como exponen Alfonso, Mena y Ranero (2022),

se pronostica que para el 2050 la relación de dependencia de los jóvenes se aproxime a los 27 niños y adolescentes por cada 100 personas entre 15 y 59 años. En el caso de los mayores, el valor estará cercano a los 77, lo que significa que habrá más de 100 personas en edades no productivas por cada 100 entre 15 y 59 años. (p. 5)

[...]

En el año 2020 la distribución por sexo de las personas de 60 años y más era de 53,7% de mujeres frente al 46,3% de hombres; lo que reafirma el carácter femenino del proceso de envejecimiento cubano. (p. 6)

Algunos estudios sobre el tema han vaticinado que,

de no modificarse sustancialmente las actuales tendencias demográficas del país, y en especial las referidas a la fecundidad, ello nos llevaría a una situación en extremo complicada, en la que se pondría en grave riesgo, incluso, la futura continuidad de la población cubana. (Chávez, 2020, p. 137)

Este proceso de envejecimiento, sin dudas, supone un desafío para el Estado en la definición de sus políticas públicas y revela la necesidad de visibilizar en ellas a las PERAM como centro de atención, así como la urgencia de reconocer sus derechos y garantizar la real efectividad del ejercicio de estos, lo que, también, ataña a la sociedad, en pos de la necesaria inclusión, entendida como la *adaptación* que tiene que hacer la sociedad en función de que las PERAM logren transitar por esta etapa de la vida de una manera activa y saludable. *Adaptación* que supone, ante todo, un cambio de mentalidad que supere estereotipos basados en la edad, como limitante para la realización de los proyectos personales y profesionales, de modo que llegar a la adultez mayor no sea sino una etapa más de la vida, pero no vista desde el fatalismo de la muerte, la decadencia y la dependencia.

Reforzar la protección constitucional y legal de las PERAM no supone, en modo alguno, una mirada compasiva, de dolor y extrema fragilidad. Las sociedades —y la cubana entre ellas— tienen que afrontar el desafío de un envejecimiento galopante con miradas que hagan de la inclusión un eslabón esencial para la realización del ser humano. Hay que apostar por un envejecimiento cultivado en la virtud de la utilidad.

El «sentirse necesario» es uno de los predictores de longevidad [...] las personas mayores que se sienten necesitadas por los suyos suelen vivir más y mejor. Tratar de mantener nuestras relaciones familiares y sociales con un óptimo nivel de satisfacción en el que cada miembro de la familia sienta que todos colaboran en un bienestar común es un objetivo importante para obtener un envejecimiento satisfactorio. (Instituto Internacional de Estudios sobre la Familia, 2013, p. 16)

No se olvide tampoco que el envejecimiento en Cuba —tal como acontece con otras sociedades— se caracteriza por ser multigeneracional. Envejecen a la vez varias generaciones dentro de una misma familia, de modo que los adultos mayores, muchas veces, tienen que encarar el cuidado de las generaciones anteriores. Como expresa Dabóve (2016),

poco a poco las generaciones concurrentes tejen entre ellas una compleja red distributiva de recursos, que suele trasladar

en la más joven el papel proveedor. Bisabuelos y abuelos con magras jubilaciones y pensiones; hijos integrados al mercado de trabajo que subsidian a sus mayores; nietos jóvenes que se preparan para ello, cual carrera en posta. (p. 42)

II. PERSONAS ADULTAS MAYORES EN EL CÓDIGO DE LAS FAMILIAS: UNA MIRADA TRANSVERSAL

La necesidad de visibilizar a las PERAM en el Código de las familias (CFS) [GOR-O, (99), 2022, pp. 2893-2995] fue, desde un inicio, un objetivo claro y puntual. Así, en la política o las bases legales sobre las que se diseñó el futuro cuerpo normativo se dejaba apuntado, de modo explícito, como una de las problemáticas familiares y sociales más significativas, reflejadas en el diagnóstico realizado, la situación del envejecimiento, difícil de enfrentar por las familias de manera eficiente. Por ello, se propuso la regulación de un abanico de posibilidades —mediante distintas instituciones jurídicas—, a los fines de reforzar la protección de los derechos de las PERAM. Esta preocupación, después, se reflejó en la parte expositiva de la norma, cuando en el cuarto de los *por cuanto*, el legislador expresó: «La sociedad cubana ha evolucionado y las características de las familias han cambiado sustancialmente en relación con otros momentos precedentes, influidas por varios factores sociodemográficos [...], la visión desde los derechos [...] de las personas adultas mayores [...]» [GOR-O, (99), 2022, p. 2893].

La incidencia que tienen las PERAM en las dinámicas sociodemográficas del país ha hecho imprescindible una mirada transversal de este importante sector poblacional. El CF de 1975 [GOR-O, (6), 1975, pp. 71-86] respondió a otro contexto histórico y demográfico, en el que el grupo etario de infantes, adolescentes y personas jóvenes tenía un peso trascendente en la composición poblacional del país, de ahí la poca visibilidad que se les da a las PERAM en dicho texto legal, lo cual obedece, además, a las tendencias existentes en el Derecho comparado y al poco desarrollo doctrinario que, a la fecha, tenían los estudios relativos al reconocimiento de derechos de este segmento poblacional.

Por el contrario, los avances alcanzados en la actualidad, en las investigaciones realizadas desde las distintas ciencias, han contribuido a la existencia de un *corpus jurídico* interno y foráneo, no solo encaminado a reconocer el cumplimiento de un plexo de derechos cuyos titulares son las PERAM, sino también a exigirlo, y a ofrecer una mirada multi- y transdisciplinaria al fenómeno de la ancianidad, en la que los aportes del Derecho se hacen palpables.

El CFS, aprobado, primero, por el parlamento cubano el 22 de julio de 2022 y, luego, en referéndum popular el 25 de septiembre de ese propio año, abrió las puertas a una protección multidimensional de los derechos de las PERAM, al tiempo que reforzó su visibilidad en el ámbito jurídico, más allá del Derecho del trabajo y de la seguridad social.

El Código, como norma de desarrollo constitucional, se erige en uno de los principales tentáculos de la Constitución de la República (CRC) de 2019 [GOR-E, (5), pp. 69-116], que en su Artículo 88 establece que compete al Estado, a la sociedad y a las familias —a cada uno en particular, en lo que le corresponda, y a todos en correlación— «proteger, asistir y facilitar las condiciones para satisfacer las necesidades y elevar la calidad de vida de las personas adultas mayores», al igual que «respetar su autodeterminación, garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y promover su integración y participación social», precepto que emerge como la cúspide de la protección de los derechos de las PERAM, y un punto de referencia para las políticas públicas. Ello demuestra el interés marcado del constituyente por reflejar a este sector de personas tan heterogéneas, que pueden ser incluidas en sectores vulnerables de la sociedad cubana, entre sus previsiones.

Del texto constitucional cabe colegir:

1. La visibilización de los adultos mayores como un sector con una protección constitucionalmente reforzada. Al respecto, el Artículo 14 del Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988), dispone: «Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal sentido, los Estados partes [sic.] se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica» (s.p.).

Sobre esta especial protección de las PERAM se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia en varias de sus sentencias. Así, en la T-322/17, de 12 de mayo de 2017, hace alusión a que

la protección especial de los derechos fundamentales de los adultos mayores, la deferencia especial que les debe la sociedad en su conjunto y, con más intensidad, la que les deben los miembros de sus familias, es una obligación que tiene amplio fundamento en la Constitución Política. Los adultos mayores, marcan el extremo superior de la fuerza viva de la sociedad, han participado de su construcción y la han puesto en el estado en el que la encuentran quienes hoy la lideran. Por eso, la etapa final de su vida, entraña la condición dual en la que la sabiduría se incrementa al tiempo que generalmente su biología se hace frágil. En esas condiciones, la sociedad en su conjunto, la familia como núcleo social y el Estado como expresión de ella, deben movilizarse para brindar apoyo, salud, y bienestar a ese adulto mayor que la reclama. (s.p.)

Por su parte, en la Sentencia T-066/20, de 18 de febrero de 2020, al reiterar una jurisprudencia precedente, la propia Corte sostuvo que

la protección especial al adulto mayor surge como consecuencia de reconocer que existen sectores de la población que, en razón de un mayor grado de vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la efectividad de sus derechos. (s.p.)

En tanto, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en su Sentencia 0112/2014-S1, de 26 de noviembre de 2014, aseguró:

Los derechos de los adultos mayores se encuentran reconocidos y se les otorga una particular atención dadas las circunstancias que ubican a este grupo de personas en una situación de desventaja frente al resto de la población, por cuanto la edad provoca en ellas una serie de limitaciones físicas, psicológicas, y económicas, de donde su resguardo tiene como objeto otorgarles una mejor calidad de vida.

Es comprensible el trato preferente y especial, del que deben ser objeto los ancianos, dado que la vejez supone la pérdida de medios de subsistencia ya sea por el advenimien-

to de enfermedades y su consecuente pérdida de la salud o ya sea porque pasan al grupo de personas inactivas económicamente, viéndose limitadas por tal motivo en el ejercicio de sus derechos. (s.p.)

2. La elevación de la calidad de vida, como una prioridad del constituyente, la que ha de interpretarse dentro de la esfera de la salud y, también, en el sentido espiritual y de realización de la persona con una visión multidimensional, conforme con la prosperidad individual y colectiva (prevista en el Artículo 1) y el libre desarrollo de la personalidad (reconocido en el Artículo 47, p. 80). Puentes (2023), al estudiar este tema, concluye que ello, además de ser una respuesta a la situación demográfica y socioeconómica del país, muestra un enfoque sistémico de protección a estas personas (p. 52).

3. La autodeterminación, cual expresión de la libertad y del libre desarrollo de la personalidad (artículos 1, 46 y 47, pp. 71 y 80), de modo que la vida de las personas, cualquiera que sea la etapa por la que atraviesan, se sustenta en el poder de decisión, la libre elección, la determinación del proyecto de vida que quieren encarar en el orden personal, familiar, profesional, sin interferencias ni del Estado, ni de la comunidad, ni de la familia.

4. La garantía constitucional del ejercicio pleno, efectivo y real de los derechos de las PERAM, para lo que la propia CRC en su Artículo 92 (p. 86) reconoce la tutela judicial efectiva ante cualquier situación que pueda suponer la conculcación de tal ejercicio, tanto para acceder a los tribunales de justicia, como para el cumplimiento de las resoluciones judiciales que se dicten al efecto.

5. La promoción de la integración y la participación social de las PERAM, sin dejar de reconocer que, en buena técnica, se debió apostar más por la inclusión que por la integración. Se promueve un envejecimiento activo, no solo saludable, un envejecimiento en el que la persona no pierda el protagonismo en el seno familiar y, tampoco, en el comunitario.

Desde esta visión, el CFS ha reconocido los derechos de las PERAM y su tuición con vocación de transversalidad. No obstante, el legislador extiende su manto protector a partir de las distintas instituciones que atraviesan todo el Derecho familiar, pero, también, desde la verticalidad que el Capítulo I del Título IX supone, en franca nove-

dad frente a otros textos legales homólogos, o sea, las redes en las que se mueve el legislador pueden describirse como la diagonalidad institucional y la verticalidad de los derechos reconocidos convencionalmente y reflejados en la disposición normativa como una protección *ad hoc* y reforzada. Estas redes determinan la actuación de los operadores del Derecho, buscando siempre una interpretación sistemática de las previsiones del Código.

2.1. LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPETO A LOS DESEOS, VOLUNTADES Y PREFERENCIAS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

Si la autonomía de las PERAM se erige en un factor clave para el constituyente que la potencia y la promueve, el respeto a los deseos, voluntades y preferencias de las personas en situación de discapacidad y las PERAM es uno de los principios que informan las relaciones jurídico-familiares, según el Artículo 3.1 k) del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2895].

¿Cómo interpretar este principio? Las claves de su entendimiento hay que situarlas en la interpretación sistemática a que convoca el propio legislador en el Artículo 9.1 (p. 2897), cuando dispone que las normas que contiene dicho cuerpo normativo se interpretan «de manera coherente con todo el ordenamiento jurídico nacional y el internacional que les sean aplicables» [sic.], entendida tal coherencia en el sentido de la sistemática del ordenamiento jurídico doméstico e internacional.

La reforma al Derecho familiar tiene entre sus pilares la autonomía de la persona, su poder de decisión, la toma de decisiones, aun con apoyos —en el caso de que así lo requiera—, como expresión de la libertad. El legislador hace especial hincapié en las voluntades, los deseos y las preferencias de la persona, ya se trate de una PERAM o en situación de discapacidad. Cualquier decisión debe adoptarse por la persona misma o con la persona. Este principio se ha situado en el pedestal de la reforma introducida en el CFS y, en la que, a modo de «cirugía de mínimo acceso», se ha operado en el Código civil (CC), en lo que atañe al régimen jurídico de la capacidad. El principio, sin dudas, está permeado de una fuerte dosis de subjetividad. Se trata de indagar hasta la saciedad la voluntad de la persona que requiere apoyo, ya sea expresa, porque así lo ha dejado dicho para

el acto que se pretende concluir o el derecho que se desea ejercer, en concreto, lo cual puede suponer una declaración *ad hoc*, instrumentada por escritura pública o por documento privado, o exteriorizada verbalmente, con prueba fundada de ello; o tácita, si tales deseos o preferencias se expresaron de alguna manera con respecto a una opción de vida, un determinado comportamiento, una afición, un deporte, una persona o un proyecto, o pueden colegirse, a través de las fuentes de información que el propio legislador ofrece, al regular la capacidad jurídica, según la disposición final primera del CFS, que modifica los artículos del 29 al 32 del CC. Por ese motivo, se insiste en la interpretación sistemática, pues, para entender con mayor profundidad el principio en cuestión, hay que acudir a la órbita extrafamiliar, aunque situados en el CC.

Se trata de construir —en ocasiones— la voluntad que nunca fue expresamente manifestada, pero sobre la base de esas preferencias y deseos que pueden colegirse de comportamientos, conductas, o, simplemente, de manifestaciones afectivas desde la grave situación de discapacidad que tiene la PERAM que esté en una situación de discapacidad que comprometa su discernimiento. El principio conduce a la construcción de una voluntad hipotética, en realidad no verídica, que el apoyo está destinado a construir sin incorporar elementos de su propia subjetividad.

No en balde el legislador, en el ya citado Artículo 30.4 del CC ofrece un catálogo o guía orientadora que habilita el cumplimiento del criterio de la mejor interpretación de la voluntad, a saber:

- a) La trayectoria de vida de la persona;
- b) las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos;
- c) la información con la que cuenten las personas de confianza de aquella a apoyar;
- d) sus deseos, preferencias;
- e) cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

El apoyo intenso con facultades de representación para el acto puntual en el que asistirá a la persona en situación de discapacidad requerida de apoyo debe cumplir con el principio que se analiza, de ahí la necesidad de buscar las bases que permitan encontrar esa voluntad

hipotética, que pudiera estar expresada en la propia escritura pública que, en su día, haya otorgado la persona en situación de discapacidad para proveer apoyos y salvaguardias, pero, en ausencia de esta, habría que reconstruirla. Y en ello incide el historial de vida de la persona a partir de su propia situación de discapacidad, pues no es lo mismo una discapacidad derivada de la existencia de una enfermedad genética que una discapacidad sobreviniente y, además, el grado de deterioro cognitivo de la persona, así como el entorno y la realidad familiar en la que ha vivido, que pueden también dar elementos que ofrezcan información habilitante para tal reconstrucción.

La trayectoria vital o biografía, estudiada con detenimiento, puede ser trascendente para determinar los deseos y las preferencias que, respecto a un puntual tema o esfera de la vida, haya expresado la persona, los que, por otra parte, pudieran colegirse de la conducta o el comportamiento de esta. Cabe, también, tomar como referencia alguna manifestación de voluntad que ella haya expresado en contextos similares; por ejemplo, en materia de proyecto de vida, matrimonio, unión afectiva o administración o disposición de determinados bienes importantes en su desarrollo vital. Las manifestaciones de voluntad a que hace referencia el Artículo 30.4 del CC no requieren haberse vertido por escrito. Es suficiente con que se hayan exteriorizado por cualquier vía de las reconocidas en Derecho.

Además, teniendo en cuenta que quienes se encuentran en situación de discapacidad suelen tener personas cercanas, apoyos informales como los padres, hijos, esposos, hermanos u otros familiares o referentes afectivos propíncuos, explorarlos puede ser también una fuente de información útil que brinde elementos necesarios para completar el *puzzle* que supone la reconstrucción de una voluntad hipotética. Ahora bien, es una labor de orfebrería que requiere paciencia y un gran deseo y tesón en la provisión notarial o judicial del apoyo intenso.

La búsqueda de los deseos y las preferencias se convierte en la brújula de la determinación de la voluntad que hubiera exteriorizado la persona en situación de discapacidad, si la falta de discernimiento actual no aconteciera. Habrá que demostrar ante la autoridad competente que el acto para el cual el apoyo intenso está gestionando su concertación se corresponde con los deseos y las preferencias de

aquella, de modo que la voluntad que se exterioriza no es la del apoyo, sino la de la persona en situación de discapacidad, cuya asistencia consiste precisamente en facilitar, ante la autoridad competente, la expresión de esa voluntad.

Por último, el legislador establece otras alternativas posibles: «*cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto*». Esta última opción ofrece una regulación de las fuentes de información *numerus apertus*. Incumbe a la autoridad decisoria tomar en cuenta esa «consideración pertinente», como un plus, otra fuente importante de información que tributará a destilar los verdaderos deseos y preferencias de la persona o, incluso, a dejar a un lado aquellos elementos que inicialmente se tuvieron en cuenta, pero han de desecharse de acuerdo con la nueva información. Será la jurisprudencia la que, con el devenir de los casos que resuelva, podrá ir colmando el sentido que quiso atribuir el legislador a tal enunciado.

En la reforma introducida al régimen legal del ejercicio de la capacidad jurídica en el CC, no hay cabida para el principio del mejor interés o interés superior de la persona en situación de discapacidad. Según expresa Guilarte (2022, p. 365), «todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés objetivo». No corresponde a los jueces tomar la decisión que, en mejor grado, beneficie a la persona, sobre la base de lo que le resulte más útil o más ventajoso desde el lente judicial, sino escudriñar en la búsqueda de la mejor interpretación de su voluntad.

Al tratarse de PERAM con pleno discernimiento, las claves del principio se sitúan en el respeto a su autodeterminación. Esos(as) deseos, voluntades y preferencias deben ser atendidos por la familia y, también, por los jueces en caso de conflictos. En este supuesto, se allana el camino y no se hace necesario construir la voluntad hipotética, como acontece con aquellos cuya discapacidad ha comprometido el discernimiento. Compete a los operadores del Derecho actuar sobre la base del respeto a la autonomía de la PERAM, lo que desea en cada momento, por supuesto, siempre que el ejercicio del derecho no traspase los límites que evoca el Artículo 45 de la CRC [GOR-E, (5), 2019, p. 80], entre ellos, el orden público y el ejercicio de los

derechos por los demás. No se trata de construir un principio, a imagen y semejanza del interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA), marcado por su objetividad, para el cual, aun cuando la escucha es esencial, según el Artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño (CDN), no es compulsiva para los decisores jurídicos. El niño es escuchado, como parte del asunto, en cambio la PERAM, al igual que aquella en situación de discapacidad, toma decisiones de conformidad con su autodeterminación, con el proyecto de vida que abraza. Es el sujeto el que decide, mientras que, en los supuestos de minoridad, la decisión no la toma el sujeto, precisamente, por la falta de discernimiento y de madurez intelectual, la toma el decisor jurídico, muchas veces, los jueces, a partir de los estándares establecidos que permiten hablar de una construcción *ad hoc* del interés superior o construcción para el caso.

2.2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN Y EL RESPETO A VOLUNTADES, DESEOS, PREFERENCIAS, INDEPENDENCIA E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN LA VIDA FAMILIAR

Si bien el respeto a los deseos, las voluntades y las preferencias es un principio informador con valor hermenéutico en las relaciones jurídico-familiares, también se regula como derecho de las PERAM en el ámbito familiar, concreción de su autodeterminación, independencia e igualdad de oportunidades, derecho que puede ser esgrimido en cualquier escenario jurídico. Se trata de potenciar su independencia y, con ello, la libertad de decisión, tan necesaria para afianzar la soberanía personal. Nuevamente, se busca el respeto a la subjetividad. La igualdad de oportunidades es una manifestación de la integración y participación social a la que alude el Artículo 88 de la CRC [GOR-E, (5), 2019, p. 85]. Como expresan Delgado y Pereira (2020):

Tan trascendente es que el Estado reconozca y garantice la autodeterminación de las personas adultas mayores desde las propias políticas que se elaboren en sus organismos, como que los funcionarios y actores sociales dejen a un lado el arraigado paternalismo y escuchen el querer de los ancianos, tanto en su querer como en la forma de hacer, quizás adaptada a sus posibilidades. (p. 405)

Desde un punto de vista filosófico, esa

determinación que, en última instancia, él [la PERAM] se da a sí mismo: [es la] autodeterminación. Es el efecto de la decisión realizada de la libertad. Tener capacidad de decisión es, por lo tanto, tener capacidad de autodeterminación. La voluntad de autodeterminación puede contemplar varios horizontes. Uno de ellos es el de la felicidad o vida plena que se anhela: entre posibilidades varias que cabe considerar para lograrla, el sujeto elige la que evalúa como mejor para él; es decir, hay autoelección. (Etxeberria, 2022, p. 68)

—*El respeto a dicho derecho como parte del contenido de la responsabilidad parental*

El CFS busca afianzar una cultura de respeto hacia las PERAM, lo cual tiene su fundamento en la CRC, cuyo Artículo 84, último párrafo [GOR-E, (5), 2019, p. 85], establece el deber de los hijos de respetar, atender y proteger a sus padres y madres y otros parientes, de conformidad con lo que establece la ley. Aun cuando en dicho precepto no se invoca a las PERAM, en la finalidad o intención constitucional, ellas están implícitas. El precepto mencionado refuerza la especial protección constitucional de las PERAM, que tiene su máxima expresión en el Artículo 88 (p. 85). La primera de estas reglas, al establecer el deber jurídico de respeto —que encierra importantes valores— compelle al legislador ordinario a desarrollar las bases en las que él ha de sustentarse. Pero no se trata tan solo de respetar, el constituyente impone a los hijos el deber de atender y de proteger a sus padres y madres, de modo que la desatención tiene consecuencias negativas, tanto en el ámbito familiar como en el sucesorio. La atención ha de ser patrimonial, afectiva, espiritual, sentimental. El desapego, el abandono afectivo, la falta de comunicación emocional, con las madres y los padres, y con otros parientes próximos, se han tornado bastante comunes en nuestros predios, aun cuando nadie dude el abandono en el orden material ni pueda probarlo. Las remesas y los envíos desde el exterior o la ayuda, muchas veces, desde la capital, han sustituido el beso, el abrazo, la llamada telefónica, el cariño.

Por ello, el Artículo 138, inciso o), del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2918] incluye, en el contenido de la responsabilidad parental, el deber que tienen las madres y los padres de educar a los hijos en una cultura

de respeto y reconocimiento de los derechos de las PERAM sobre la base de la igualdad y la no discriminación. Nada mejor que la educación temprana recibida de aquellos, principales artífices de la educación y la formación de valores de los hijos, cimentada en el ejemplo y el trato dispensado al prójimo. Se trata de un proceso dialéctico. Los adultos de hoy transmiten los valores en los que un día fueron formados. Si se educa a los hijos en un ambiente de respeto y de reconocimiento de derechos de las PERAM, así ha de ser el trato que, luego, durante su adultez, den a quienes les han precedido por los senderos de la vida. Aunque esto no funciona como una ecuación matemática, no hay dudas de que las probabilidades de comportamientos de respeto a las canas, o sea, hacia aquellas personas que les antecedieron, serán más altas entre la población formada en nobles y sólidos valores familiares. No se trata, tampoco, de educar en la endeblez, fragilidad, dependencia, conmiseración de las PERAM, sino de reconocer, precisamente, sus derechos, entre los cuales desempeña un rol trascendente el de autodeterminación, y de potenciar una vida familiar digna que retribuya con creces lo que un día ellos forjaron.

Se busca, en fin, construir la responsabilidad parental desde las bases de los valores positivos que hay que afianzar en los infantes y adolescentes, valores que no se transmiten si quienes tienen a su cargo tan noble misión no predicen con el ejemplo. Solo se enaltecen las virtudes de los otros desde las propias virtudes de quienes se erigen en crisol. En un país tan envejecido como Cuba se hace imprescindible desarrollar una cultura que potencie, desde edades tempranas, los más nobles valores en torno a las PERAM. A fin de cuentas, los niños y las niñas de hoy serán los adultos del mañana, quienes, a su vez, tendrán la difícil pero honrosa misión de velar por los derechos que, desde la CRC, primero, y el CFS, después, se han reconocido a quienes los precedieron en el tiempo y la historia, quienes labraron los senderos por los cuales transitan ellos hoy, de las manos de sus padres y madres, y quizás, mañana, llevando en las suyas las de sus propios descendientes.

2.3. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN FAMILIAR

Entre las novedades incluidas en el CFS ha tenido gran recepción social la regulación del derecho de comunicación familiar con las

PERAM. En la medida en que la población cubana envejece, se hace necesario tomar todo tipo de providencias tendientes a proteger los derechos personales y patrimoniales de aquellas. Tanto ellas, como las personas en situación de discapacidad, pueden convertirse en personas en situación de vulnerabilidad (PSV), según las circunstancias particulares que se den en cada caso; de ahí la necesidad de que la ley prevea normas encaminadas a facilitar la comunicación familiar, como expresión concreta de la satisfacción de las necesidades espirituales requeridas para desarrollar un proyecto de vida.

En su estudio sobre el tema, Domínguez (2020) cita algunas sentencias de Venezuela, referentes al mencionado derecho de comunicación; así, la Sentencia de 3 de julio de 1997, expresa que

se encuentra ajustada a derecho la decisión del Juez de la causa, Juez de Familia, de regular en el presente caso de desavencencia familiar un régimen de visitas a favor de la ciudadana [...] para que sus hijas cumplan con la obligación que tienen de atender a la satisfacción de las necesidades físicas, morales y afectivas de su mencionada madre. (p. 272)

Por su parte, de acuerdo con el propio autor, la Sentencia de 5 de octubre de 2009 —Asunto 1429-5-14308 del Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy— acordó que el tutor designado deberá autorizar las visitas diarias en el lugar donde se encuentre el pupilo, de lunes a lunes, sin ningún horario comprendido, para que sus hijos, hermanos y cualquier familiar o amigo pueda visitarlo, sin más limitación que aquella que indique el sentido común, en aras de procurar la estabilidad emocional de este (p. 272).

No se olvide que, en ocasiones, prevalece una situación de dependencia de dichas personas respecto de sus cuidadores, ya sean estos familiares o no. Concierne a la familia y, en concreto, a los apoyos designados o nombrados judicialmente para el ejercicio de la capacidad jurídica —en el caso de las personas en situación de discapacidad—, facilitar la comunicación de las PERAM con el resto de los miembros de aquella, a los fines de que puedan ejercitar plenamente el derecho a una vida familiar con dignidad, según preceptúan los artículos 421 y 439 del CFS [GOR-O, (99), 2022, pp. 2969-2972], derecho que puede ser ejercido tanto por estos como por los miembros de la

familia a quienes se les niegue la comunicación con la persona que, por razón de su edad y/o discapacidad, se convierta en alguien dependiente, frágil y fácilmente manipulable.

En este orden, la Sentencia 1215, de 20 de diciembre de 2021, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, dispone, como medida de apoyo de una PERAM con discapacidad intelectual, el nombramiento de uno de sus hijos en calidad de curador asistencial, a la vez que impone a este los deberes de:

- a) Fomentar la comunicación de su madre con sus hermanos [...], permitiendo el natural contacto entre madre e hijos y con el resto de la familia extensa, en las pautas que indiquen los facultativos que la atienden.
- b) Permitir las visitas de [los] hermanos [...] a su madre [...], sin ninguna limitación ni de tiempos, ni de horarios, en los términos que dispongan los médicos que la atienden.
- c) Comunicar a [los hermanos] [...] en el plazo de 24 hs., cualquier cambio de centro (médico o residencia) donde se encuentre ingresada doña [...].
- d) Facilitar a [los hermanos] en el plazo de 24 hs., todas aquellas indicaciones pautadas por cualquier facultativo que atienda a doña [...]. (s.p.)

Cada día crecen los casos de denuncias de personas a las que sus propios familiares, en función de cuidadores, les niegan la posibilidad de acceso y comunicación con sus abuelos(as), padres o madres a cargo de aquellos. Además de la manipulación o sumisión a la que son llevadas las PERAM, al desterrarlas del resto de la familia, se agrava su situación emocional, debido al estado de incomunicación que se genera y el deterioro cognitivo que, muchas veces, ya presentan.

Una situación peculiar se da en materia de comunicación de los(as) abuelos(as) con sus nietos(as). No obstante que la abuelidad no necesariamente converge con la condición de adultos mayores, son estos, en su doble condición, los que resultan más frágiles en las relaciones familiares. Cuando se es abuelo(a) a edades más avanzadas, se puede ser víctima de la manipulación de los padres y las madres, quienes pueden llegar a impedir, incluso, la comunicación

de sus hijos(as) con sus abuelos(as), con lo cual se lacera una página importante de la niñez. Ello ha sido catalogado —con toda razón— como un supuesto de violencia psicológica y emocional contra las PERAM. Como ha expresado Vallet, «los progenitores tienen el deber de respetar y facilitar estas relaciones personales con los abuelos, el incumplimiento infundado de este imperativo por parte de los progenitores desencadena una situación de maltrato con relación a los abuelos» (2019, p. 29).

Investigaciones realizadas en este terreno demuestran que

en cuadros familiares disfuncionales, se observan acciones hacia el adulto mayor, de mayor o menor grado de agresividad. En este contexto, el impedimento de contacto con los nietos, —cuando resulta injustificado— cobra relevancia, y atraviesa diferentes manifestaciones de violencia. La falta de contacto con los nietos implica diversas inconductas que provocan: aislamiento hacia el anciano, indiferencia, descalificación del abuelo frente a los nietos, y hasta negación del vínculo —caso del abuelo [al] que ni tan siquiera le es permitido «conocer» a sus nietos. (Vallet, 2019, p. 30)

Como se ha expresado desde la jurisprudencia argentina (Segunda Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, Sentencia de 8 de mayo de 2008, LS 118-137 —citada por la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, en su Sentencia No. 403/12/1F-17/14, de 25 de agosto de 2015—):

El derecho de comunicación de los abuelos no puede limitarse ni negarse sino por razones graves que demuestren que la relación con sus nietos resulta nociva para éstos, puesto que se debe partir de la idea de que, si no se advierten aquellos graves motivos, la vinculación del niño con sus abuelos es altamente positiva, y por ende, forma parte del mejor interés del niño que ello suceda. (pp. 9-10)

La mirada desde el Derecho al fortalecimiento de las relaciones de los adultos mayores con sus familiares y, en especial, con los nietos, se erige en un imperativo que bajo ningún pretexto puede ser abandonado.

La relación que se establece entre abuelos y nietos no puede medirse solamente por el número de contactos, sino que habría que valorar la calidad de estos. La relación intergeneracional que se establece ocasiona un intercambio en las dos direcciones. Los abuelos dan a sus nietos cuidados, amor, valores morales, afecto, comprensión, experiencias de la vida, soporte, compañía, tiempo, amistad, y reciben de éstos estimulación, amor, entretenimiento, amistad, inspiración, compañía y continuidad en el futuro. (Balea, González y Alonso, 2020, p. 219)

En todo caso, lo que no puede perderse de vista en supuestos de PERAM o personas en situación de discapacidad es la autonomía que tienen para decidir si quieren establecer un vínculo comunicacional para con sus parientes, incluidos sus nietos, o no. El régimen de comunicación no puede ser impuesto, hay que contar con el asentimiento de las personas titulares de este derecho. Se trata —tal como se ha explicado— de un derecho relacional que tiene titulares diversos. No implica el ejercicio de un derecho por un sujeto frente a otro que se niega a establecer la comunicación, sin más. Se trata de un derecho de contenido afectivo, de naturaleza personalísima, sustentado en una reciprocidad que no puede perderse de vista, si se quiere entender su dinámica, pues anular la voluntad y la decisión de la persona que se niega a mantener comunicación con sus familiares más allegados supone, a la vez, cercenar la autodeterminación y autonomía que preconiza el constituyente —artículos 88 y 89 CRC [GOR-E, (5), 2019, p. 85]—, y lacerar su propia dignidad, consagrada en el Artículo 40 de la ley fundamental (p. 79).

A modo ilustrativo, vale citar el fallo de la Sentencia de 28 de junio de 2011, recaída en el expediente 64.242 de 2010 de la Cámara Nacional Civil argentina, Sala J, asunto en el que se pretendía imponer un régimen de comunicación a una anciana recluida en un establecimiento institucional. La sentencia de instancia, confirmada a la postre, rechazó la pretensión de la parte actora, dirigida a iniciar un proceso de revinculación tendiente a recomponer la relación con su madre. En la sentencia de segunda instancia se señala que la mencionada señora:

si bien es una persona de avanzada edad, por ahora, es plenamente capaz, en la medida que no se ha declarado aún su incapacidad [...]. Por ende, su decisión referente al contacto y comunicación que no desea mantener con su hija y sus nietas, se enmarca en su esfera personal, pues se corresponde de manera inocultable con su autonomía individual e independencia; deviniendo carente de fuerza de convicción la prueba pericial de la cual intenta valerse la actora, rendida en el proceso de interdicción; [para después reforzar la idea de que] dado su firme y profundo deseo de no mantener contacto con su hija y sus nietas, y tratarse [...] de una persona que cuenta con la libertad de tomar sus propias decisiones, la revinculación forzada resultaría imprudente en estos momentos pues, dada su avanzada edad, podría acarrearle perjuicios a su salud moral y física, al perjudicarla emocionalmente, [pues tal régimen relacional] constituye una intromisión compulsiva que vulneraría su privacidad que debe ser evitada cuando nuestro ordenamiento legal ampara el derecho a la intimidad, que excluye toda injerencia arbitraria en la vida privada y protege la libertad de autodeterminación en todos los actos cuyo ejercicio no traiga aparejado ningún riesgo para la persona o los terceros, sin que los jueces adviertan la concurrencia de elementos que evidencien que el adoptar el régimen de revinculación propiciado por la actora resulte provechoso para la citada señora. (2011, s.p.)

2.4. EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR LIBRE DE DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA

En el ámbito doméstico suelen protagonizarse episodios de violencia o de discriminación contra las PERAM. La edad puede erigirse en un factor que las discrimina, ya sea por apartarlas del liderazgo en el hogar, no tomarlas en cuenta en las decisiones más importantes, limitarlas en el ejercicio de sus derechos o no darles participación en la vida familiar, de manera que, lentamente, son desplazadas de ese liderazgo y se infantiliza su vida, al tratarlas como personas de la primera infancia. En el mejor de los escenarios, se construye un interés superior marcado por la primacía de las decisiones de terceros que, en la búsqueda de lo que

«resulta mejor» para la PERAM, nulifican su activismo familiar y la cosifican, al negarle su subjetividad, autonomía y poder de decisión.

Huenchuan (2013) acota que la discriminación por edad

está relacionada con la diferencia de trato y para que ese trato sea discriminatorio debe carecer de objetividad y proporcionalidad y, en el peor de los casos, ser degradante. Esto último significa que las actitudes y comportamientos [sic.] hacia las personas mayores comunican que es un grupo con un valor moral y social más bajo que el resto de la sociedad debido a su edad. En términos más simples, se podría decir que implícita o explícitamente, debido a su edad, a las personas mayores se les niega que tengan capacidad de acción, la facultad de responsabilizarse por ella, o ambas. (p. 31)

O sea, que se les limita injustificadamente —solo con sustento en su edad cronológica— su poder de decisión y la autorresponsabilidad por las acciones propias, a través de un paternalismo que tiende a infantilizar a la persona.

Por otra parte, la violencia en el seno de la familia respecto de PSV suele invisibilizarse. Muchas veces son expresiones concretas de actos de negligencia por omisión. Según expresan Serra, Cordero y Viera (2018), el maltrato invisible

consiste en emplear métodos de coerción, atentar contra la dignidad y autonomía en la toma decisiones y en brindar una atención deficiente, que en muchos casos es la causa de complicaciones en el estado de salud del anciano. Se manifiesta también mediante el inadecuado suministro de los medicamentos, incumplimiento de sus horarios o su omisión, cuando no se proporcionan las condiciones ambientales adecuadas, o se hacen comentarios indiscretos hirientes, cuando se viola la intimidad y el pudor, se imponen restricciones físicas a veces no tan necesarias, no se tienen en cuenta las barreras arquitectónicas que originan caídas, no se proporcionan distracciones y actividades de entretenimiento, que pueden ser simplemente facilitar la lectura a los que pueden hacerlo. (p. 238)

El maltrato de la PERAM es un tema respecto del cual se ha alertado. Desde las ciencias médicas cubanas, Serra, Cordero y Viera (2018) definen el trato no adecuado como

[...] todo acto aislado o reiterado, o la omisión de una intervención adecuada, en el contexto de una relación en la que existen expectativas de confianza y seguridad, y que causa perjuicio o angustia a una persona de edad avanzada. Es constatable objetivamente o percibido subjetivamente, con independencia de la intencionalidad y del medio donde ocurre (familiar, comunidad, instituciones). (p. 236)

Según Pérez (2021):

Son varios los factores que afectan la vida de los adultos mayores, sin lugar a dudas son físicamente más débiles, padecen de enfermedades propias de la vejez, tienen generalmente una dependencia financiera, pues a pesar de que, en la mayoría de los casos, poseen su pensión por jubilación o por seguridad social, el monto financiero de estos ingresos no cubre sus necesidades totales, máxime el costo económico que implica la real demanda de medicamentos en esta etapa de la vida; es así que en una gran parte el sentimiento de tristeza por su realidad socio-económica los invade y comienza a deteriorarse con rapidez su capacidad cognoscitiva. (p. 134)

El legislador del CFS, ante estas circunstancias, ha proscrito la discriminación y la violencia intrafamiliar, en cualquiera de sus manifestaciones, contra las PERAM —artículos 12 y 13 [GOR-O, (99), 2022, p. 2898]—, en tanto ha positivizado su derecho a una vida familiar libre de tales manifestaciones (Artículo 424, p. 2970), a tono con el Artículo 42 de la CRC [GOR-E, (5), 2019, p. 79], el que puede ser ejercitable en la vía judicial. Así, el quebrantamiento de este derecho (sobre todo en lo que concierne a la violencia intrafamiliar) pudiera tener consecuencias en lo familiar y lo sucesorio.

El tratamiento de la violencia familiar transversaliza el CFS. Cada una de las instituciones jurídico-familiares condena los comportamientos agresivos, maltratadores, negligentes, desaprensivos de los miembros de la familia. Así, en el orden limitativo, restrictivo —y si se quiere, sancionatorio—, la violencia familiar o de género contra las PERAM, pudiera resultar en:

- a) Una causa de cese de la obligación de dar alimentos, cuando el alimentista incurra en ella en contra del alimentante [Artículo 39, inciso e), p. 2903].
- b) Una causa de la separación judicial de los bienes durante el matrimonio [Artículo 248.1, inciso b), p. 2946].
- c) Un motivo de pérdida para el agresor de su participación en la comunidad matrimonial de bienes al momento de liquidarse esta, en atención a la valoración que haga el tribunal sobre el nivel de violencia ejercida y sus consecuencias (Artículo 260, p. 2942).
- d) Un obstáculo insalvable para la mediación (Artículo 444.1, p. 2972).
- e) Un impedimento para ser nombrado apoyo de las personas en situación de discapacidad [Artículo 31.2 del CC [GOR-E, (9), 1987, p. 41].

A pesar de que Cuba no forma parte del sistema regional de derechos humanos, auspiciado por la Organización de Estados Americanos, en el seno del cual fue aprobada, en 2015, la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, por la trascendencia de este cuerpo normativo internacional, es dable apuntar que en el Artículo 3 de dicho texto se enarbolan, entre otros principios, los de dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor (inciso c), bienestar y cuidado (inciso f), autorrealización (inciso h), buen trato y atención preferencial (inciso k), en tanto en el Artículo 9 se regula el derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (OEA, 2024, s.p.).

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) (OACNU, 2014, pp. 271-316), aprobada en 2006 y ratificada por Cuba, proscribe cualquier forma o manifestación de violencia respecto a colectivos vulnerables de personas con discapacidad. A tal fin, en el inciso q) del Preámbulo, se hace especial énfasis en las niñas y mujeres con discapacidad por el mayor riesgo de exposición a que ellas están sometidas. El texto normativo dedica el Artículo 16 a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, para lo cual responsabiliza a los Estados parte con la adopción de medidas de naturaleza legislativa, administrativa, social, educativa o de otra índole, que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, ya sea dentro de la familia o fuera de ella, contra cualquier manifestación de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.

El enfrentamiento a la violencia intrafamiliar contra las PERAM y personas en situación de discapacidad también se incorpora al CC, tras las reformas introducidas en él por el CFS, en cuanto a las causales de incapacidad para suceder, previstas en el Artículo 469 de dicho cuerpo legal [GOR-O, (99), 2022, p. 2983].

Este es un tema extremadamente polémico, pues tiene muchas manifestaciones, algunas evidentes y otras silentes; por ejemplo, la destrucción del espacio íntimo y privado, la incomunicación, al no dedicarse tiempo para escuchar a las PERAM, no discutir con ellas las decisiones familiares, no solicitarles opinión o consejo, u olvidarlas, tal como expresa Amaro (2016, s.p.). Sobre la comprensión que los adultos mayores tienen respecto de los actos de violencia, debe verse la interesante investigación realizada por Martínez *et al.* (2013, pp. 671-679).

La violencia en el seno de la familia hacia las PSV y, concretamente las PERAM, suele invisibilizarse aún más. Muchas veces son expresiones palpables de actos de negligencia por omisión (Serra, Cordeiro y Viera, 2018, p. 238).

La fórmula prevista en el Derecho cubano, si bien no se dirige a todo causante en situación de vulnerabilidad, da una mayor cobertura porque abarca a las personas en situación de discapacidad y a las PERAM. Responde esta causal al deber constitucional reconocido en el ya citado Artículo 84, tercer párrafo, de la Carta Magna, que deja explícito el deber de los hijos de «respetar, atender y proteger a sus madres, padres y otros parientes conforme con lo establecido en la ley». Aun cuando la causal incluida en el inciso d) se restringe al abandono físico y emocional, habría que interpretarla en relación con alguna de las otras —reconocidas también en la norma— que cubren distintas manifestaciones de la violencia, como la patrimonial o económica.

En efecto, el inciso d) del Artículo 469 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2976] protege a estos grupos vulnerables en el supuesto de abandono físico y emocional, en tanto que la violencia física y sexual quedan cubiertas en la hipótesis contenida en el inciso a) del mencionado precepto, al igual que el resto de las manifestaciones de violencia intrafamiliar, no comprendidas en estos dos incisos, que se cubrirían con la genérica formulación del inciso f).

No caben dudas —sin pretender ser reiterativo— de que el legislador intenta abarcar cualquier flanco que viabilice el salir ileso de un comportamiento de violencia en el entorno familiar. Hay, además, un especial énfasis en revelar las conductas asumidas por parientes que dejan en estado de abandono a PERAM o personas en situación de discapacidad, grupos vulnerables especialmente protegidos por la CRC, como ya se ha dicho.

Como expresa Pérez (2021, pp. 131-135), el abandono es una de las formas de violencia sobre las PERAM que tiene dos vertientes: una que constituye el físico y supone un continuo o perpetuo estado de desatención o desidia, que puede llevar a una situación calamitosa de la persona, lo cual afecta su apariencia personal y puede conducir a un estado de enfermedad física; y otra emocional, que incide subrepticiamente, pues supone una prologada falta de comunicación y de vínculos afectivos con la persona, e

implica [que] la ausencia de relación familiar sea manifiesta y continuada, es decir que sea «conocida» y «no esporádica», lo que es igual a la práctica inexistencia de vínculos no sólo afectivos sino de contacto físico, que éstos sean «notorios» para todos los de su entorno y que [...] el causante no haya sido la causa de este alejamiento. (Orlandi, 2015, s.p.)

Tan dañino es uno como el otro. El abandono emocional sume a la PSV en un estado de soledad, de pérdida afectiva de sus seres queridos e, incluso, de culpabilidad —muy recurrente en PERAM. De ahí que se abogue por «la inclusión del maltrato psicológico y [...] emocional como una modalidad del maltrato de hecho —especialmente en adultos mayores—», de modo que «debe ser tenido presente en el contexto de las normas permitiendo declarar como indignos a sus descendientes cuando el adulto mayor sea objeto del mismo [sic.]» (Orlandi, 2015, s.p.).

El abandono emocional no supone, necesariamente, un abandono físico, pero puede tener consecuencias tan dañinas como aquel, al desasistir a la persona, en flagrante incumplimiento de los deberes parentales y, en especial, los previstos en el Artículo 421 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2969] respecto de las PERAM: la «atención de sus necesidades tanto en el orden afectivo como patrimonial», de modo tal que se conculca la protección que corresponde a todo miembro de la familia, a los fines de propiciar el «pleno

desarrollo y la satisfacción de sus necesidades afectivas y patrimoniales» (Artículo 431, p. 2971). Igualmente, en cuanto a las personas en situación de discapacidad se vulnera el derecho que tienen estas a una vida familiar con dignidad, lo cual supone su inclusión familiar, comunitaria y social (Artículo 434, p. 2971).

Desde la doctrina española, se ha apuntado que el abandono emocional

surge en aquellos casos en los que el testador, mayor, necesita cuidados, atención y/o afecto de sus descendientes. Se identificaría por tanto con la falta de relación afectiva y comunicación, existiendo un evidente desinterés por el mayor pese a encontrarse en una situación material de dependencia. (Algaba Ros, 2015, p. 10)

En palabras del propio autor, supone «una ausencia manifiesta y continuada de relaciones familiares cualificada pues implica que existe una hiriente desatención personal por el ascendiente» (p. 16). Ciertamente, aunque la flamante norma no lo establece, para que prospere esta causal de incapacidad para suceder, ha de ser evidente ese abandono físico y emocional, lo cual debe ser el resultado de una conducta prolongada en el tiempo, a fin de que afloren las huellas de ese actuar ingrato, proveniente de los descendientes, pero, también, al tratarse de personas en situación de discapacidad, de padres y madres respecto a sus hijos, hermanos, sobrinos u otros colaterales en relación con los cuales ellos pretendan suceder.

Si bien la norma se puede relacionar con los casos de personas abandonadas por sus familiares, quienes, luego, pretenden ser herederos de aquellas, las causales de incapacidad para suceder se aplican en todo tipo de sucesión; de ahí que también operen respecto a extraños —familiarmente hablando—, pero que hayan sido instituidos herederos o se les haya atribuido un legado. Si su conducta respecto del causante de la sucesión ha propiciado el abandono físico o emocional y se trata de las PSV a que hace referencia la norma recién aprobada, también cabría la posibilidad de ser excluidos de la sucesión, siempre a instancia de los legitimados para ello, a saber:

a) El resto de los coherederos concurrentes, pues, de conformidad con el Artículo 471 del CC, en relación con el 482 del propio texto [GOR-E, (9), 1987, pp. 39-81], estaría latente un acrecimiento suce-

sorio, a menos que en la sucesión testamentaria se haya nombrado un sustituto vulgar.

b) Los herederos que, supletoriamente, concurrirían a la herencia, de ser excluido el que propició el abandono del causante, tales como el sustituto vulgar, si así fue previsto, siempre que el testador no haya excluido expresamente el supuesto de incapacidad para suceder para el nombramiento del sustituto. Aunque el CC no lo dice, si se nombra un sustituto vulgar y no se expresa en qué supuestos tendrá eficacia la delación sustitutoria, ha de entenderse que están comprendidos todos los reconocidos en el Artículo 482 citado, incluido el de no poder aceptar, en el que se entienden contempladas las incapacidades para suceder.

c) Los presuntos herederos *ab intestato*, ya sean los del primer llamado, en caso de que el excluido de la sucesión sea un heredero testamentario o un legatario, o los de llamados subsiguientes, en los supuestos que proceda.

Cuando se trate del único heredero instituido o de todos los instituidos y no hubiese sustitutos vulgares nombrados, o habiendo sido nombrados no pudieran o no quisieran suceder, ni tampoco operase el acrecimiento sucesorio a favor del resto de los coherederos o los colegatarios, de ser uno solo de ellos el excluido de la sucesión, sería necesario abrir la sucesión *ab intestato* al amparo del Artículo 509 c) del CC [GOR-E, (9), 1987, pp. 78], para proceder, ulteriormente, a la adjudicación de la herencia o del bien o derecho deferido a favor del fallido heredero o legatario y que ha quedado disponible por la incapacidad para suceder en la que está incurso este.

Carecerán siempre de legitimación para invocar la causal de incapacidad sucesoria los que, en su día, hayan sido instituidos en virtud de un testamento anterior que ha quedado revocado por el siguiente, en el que se instituyó al que ha devenido incapaz para suceder. Las incapacidades para suceder pueden provocar la inejecutabilidad de la última voluntad del causante, pero no su nulidad. Si, *vgr.*, el único heredero instituido es incapaz para suceder, el testamento no se ejecuta en cuanto a las cláusulas de contenido patrimonial dispuestas a favor de dicha persona, pero en modo alguno es ineficaz en su totalidad, ni nulo en ninguna de sus modalidades. El otorgamiento de ese testamento subsiguiente revoca al anterior

ex Artículo 479.2 del CC (p. 75), a menos que el testador haya expresado su voluntad en sentido contrario.

Del mismo modo, pudieran concurrir los llamados hereditarios subsiguientes, si el heredero llamado por la ley es el único de ese orden o llamamiento; cuando la causal de incapacidad para suceder opere respecto de una persona que haya sido llamada a título de herencia por las reglas de la sucesión *ab intestato* y con ella se agote el llamamiento. En este caso, estarán legitimados para invocar la causal de incapacidad sucesoria quienes devendrán herederos en defecto de aquella, a saber: los ubicados en el llamado siguiente.

Respecto a la legitimación en el Derecho argentino, puede leerse a Roller (2015), y Arianna y Ocampo, (2020).

III. INSTITUCIONES DE GUARDA Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

No menos trascendente es la regulación de instituciones de guarda y protección, que tienen por finalidad desplegar herramientas que, en el orden personal o patrimonial, buscan la protección de los derechos de las PERAM. Sobre el tema, en el contexto cubano, y tras la aprobación del CFS, puede leerse lo escrito por Vega (2023 pp. 221-240).

No es de interés, en modo alguno, ofrecer un análisis exhaustivo de cada una de ellas, pero sí, al menos, en una vista panorámica, deslindar las bases de su estatuto jurídico.

3.1. GUARDA DE HECHO

Si se tiene en cuenta lo que acontece en la realidad, algunas PERAM, en la medida en que se hacen dependientes, quedan al cuidado y la asistencia de familiares, o de amigos o vecinos, que llegan a devenir personas afectivamente cercanas. Se crea una guarda de hecho sin que exista un título constitutivo. Esta guarda puede operar, ya sea porque la persona requerida de acompañamiento se traslada al domicilio del guardador, o porque sea el propio guardador quien decide acompañarla, asistirla en el domicilio de aquel. La guarda de hecho respecto de las PERAM, prevista por el legislador del CFS [GOR-O, (99), 2022], exige, al compás de su Artículo 333 (p. 2956), unos pre-

supuestos afirmativos y otros de naturaleza negativa, de probanza necesaria.

Entre los primeros, se encuentran:

- a) La existencia de una PERAM requerida de ayuda, auxilio, asistencia, en razón de la vulnerabilidad devenida por razón de la edad o de la situación de discapacidad en que se encuentra.
- b) La existencia de vínculos familiares o afectivamente cercanos de la persona guardadora con la persona requerida de la guarda de hecho.
- c) El cumplimiento voluntario de una labor de cuidado estable, continuada o prolongada por parte de la persona guardadora, respecto de la persona requerida de la guarda.

Entre los segundos, se sitúan:

- a) La carencia de vínculos familiares en la persona guardadora, respecto de la persona requerida de la guarda de hecho, que obliguen a aquella, legalmente, a procurarle alimentos a este.
- b) La inexistencia de un título habilitante respecto de la persona guardadora.
- c) La inexistencia de otras medidas, ya sean voluntarias (nombramiento de apoyos y salvaguardias o concertación de contrato de alimentos) o judiciales (nombramiento de apoyos y salvaguardias) que se estén aplicando eficazmente.

La condición de guardador de hecho, como su nombre indica, no exige un título habilitante porque es una situación fáctica de la cual el Derecho hace derivar efectos jurídicos. No obstante, en el caso de resultar necesaria su probanza —como en muchas ocasiones acontece—, se puede acreditar bien por un acta de notoriedad, cuyo estatuto jurídico está regulado en los artículos 85 e), 103 y 104 del Reglamento de la Ley de las notarías estatales [GOR-E, (4), 1992, pp. 13-15], o bien por otro medio de prueba, válido en Derecho, tal como pudiera acontecer con una resolución judicial (auto o sentencia), si fuese necesario legitimar, en sede judicial, esta situación fáctica —Artículo 609.1 a) del Código de procesos (CPR) [GOR-O, (138), 2021, pp. 3977-4069].

Si se acude a la vía notarial, el promovente tendrá que acreditar, a través de los medios de prueba habilitados al efecto, la situación de

guarda que existe entre la persona guardadora y la persona necesitada, amén de los presupuestos referidos, a los fines de que el notario declare, bajo juicio de calificación jurídica, la notoriedad misma de la guarda para que, de ella, se puedan derivar los efectos que procedan en Derecho, en principio, los emanados de la aplicación del CFS.

A diferencia de la guarda de hecho de las personas menores de edad, la de los adultos mayores pudiera llegar a tener carácter permanente, cuando se ejerza adecuadamente y no sea razonable la adopción de otra medida de protección; en caso contrario, deberá escogerse la transitoriedad, hasta tanto pueda adoptarse otra medida, como la de provisión de apoyos y salvaguardias a que se refiere el Artículo 336 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2956].

El guardador de hecho de las PERAM no tiene facultad de representación alguna, a menos que la propia persona quiera nombrarlo como apoderado para realizar puntuales negocios jurídicos o con alcance general. En todo caso, su representación sería de naturaleza voluntaria, como resultado de un negocio de apoderamiento. En principio, el guardador de hecho se encarga de asistir a la PERAM, cuidarla, procurarle atención, afecto, mientras que, en el orden patrimonial, su actuación se limita a gestionar los actos de administración (Artículo 337.1.2 del CFS, p. 2956). No se olvide que el guardador —como el apoyo— actúa con apego a las voluntades, los deseos y las preferencias de la PERAM, de manera tal que, si la persona requerida de guarda tiene comprometido su discernimiento, han de tenerse en cuenta tales voluntades y preferencias para la concertación de cualquier acto relativo a la persona requerida de guarda, cualquiera que sea su naturaleza, incluidos los de carácter médico. De ahí que las facultades a las que se refiere el Artículo 338.1 de dicho cuerpo legal, en cuanto «a la realización de actos concretos que impliquen riesgo para la vida, la salud, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado cuando esta no pueda hacerlo por sí misma», para cuyo ejercicio hay que pedir autorización judicial por la persona guardadora, solo podrán ser reconocidas siempre que, en sede judicial —de estar comprometido el discernimiento de la PERAM—, quede probado que se corresponde con las voluntades, los deseos y las preferencias de dicha persona y no a su interés superior.

A los fines de proteger los intereses de las PERAM, el legislador también prevé un segundo escenario, relativo al control y la vigilancia

judicial de la persona guardadora, el cual tiene su asidero legal en el Artículo 339 del CFS (p. 2956), que concede legitimación activa a cualquier persona que demuestre interés legítimo, o la fiscalía, para promover alguna medida de control y vigilancia, respecto a la persona guardadora, encaminada a chequear su actuación, así como exigirle que rinda cuenta e informe de la situación, tanto de la persona requerida de guarda como del patrimonio, de cuyo resultado pende la continuidad de su gestión o su remoción; rendición de cuenta que es posible, también, exigir en ocasión de la extinción —dígase fisiológica— de la guarda de hecho, por ejemplo, por haber desaparecido las causas que la motivaron, haberse superado la situación de dependencia de la PERAM, al mejorar el estado de salud del necesitado, el pretender emigrar, ya sea hacia el exterior o hacia otra zona del país, la adopción de otras medidas incompatibles con el ejercicio de la guarda (provisión de apoyos o salvaguardias distintos de la persona guardadora), según establece el Artículo 341 del CFS (p. 2957].

3.2. ACOGIMIENTO FAMILIAR

Otra de las alternativas al alcance de las PERAM es el pacto de acogimiento familiar que refuerza el derecho de toda persona a la vida familiar, reconocido en el Artículo 4 b) del CFS (p. 2895), entendido aquel como un acuerdo cuya finalidad es, respecto de las PERAM, «mantenerlas en su medio social habitual o incorporarlas a uno familiar, facilitar su integración e inclusión, respetar su derecho a vivir en familia y evitar su internamiento cuando este no sea adecuado o deseado», como enuncia el Artículo 356.1 del propio texto (p. 2959). Es una medida alternativa al internamiento institucional, cuando en razón de la vulnerabilidad de la persona, otra la acoge en su propia vivienda o se traslada hacia aquella en la que vive la PERAM. Se busca que las condiciones en que opere la convivencia sean similares a las que imperan en el ámbito familiar. Esta figura tiene como propósito que la PERAM se mantenga en su medio habitual, de modo que dé continuidad a su *modus vivendi*, a la vez que fomenta su participación e inclusión social. La familia de acogida se convierte en el medio para lograr ese fin. Por tal razón, la convivencia es un presupuesto *sine qua non* del pacto, cualquiera que sea el lugar donde ella se establezca (Jiménez-Aybar y Caparrós, s.f., s.p.).

La persona acogedora puede ser familiar de la acogida o no. Si es familiar, debe cumplir con el requerimiento que establece el Artículo 355 del CFS (p. 2959), es decir, que no esté dentro de las personas obligadas a darse alimentos, conforme con el Artículo 27 (p. 2901), pues de ser así, el acogimiento no puede tener lugar, dado que lo procedente sería cumplir con dicha obligación, teniendo en cuenta lo extenso de su contenido al soaire del Artículo 25.2, que

abarca todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud, recreación, cuidado personal y afectivo, y en el caso de personas menores de edad, también los requerimientos para su educación y desarrollo. (p. 2900)

El pacto de acogimiento familiar de las PERAM es una alternativa privada para potenciar el derecho a vivir en familia, que puede tener vocación de permanencia. Este pudiera ser una vía útil en Cuba, país con una alta tasa de personas en tal situación, que viven solas en la actualidad. Acota Heras (2004) que,

en cuanto a la causa del contrato, entendiendo ésta como la finalidad económica social que con el mismo [sic.] se persigue, éste presenta un carácter predominantemente asistencial, resultando esencial la integración familiar del acogido en la familia acogedora. En efecto, mediante la convivencia en una misma vivienda habitual se pretende propiciar la plena integración del acogido en el núcleo familiar acogedor, de modo que se le capacite para llevar una vida independiente en el seno de su entorno habitual, evitándose el desarraigo social y familiar que padece. (p. 453)

Se recalca el carácter privado de la alternativa, pues en la manera en que ha sido concebida en el CFS, prevalece el perfil de esta naturaleza, ya que no interviene entidad pública alguna. Su concepción y diseño queda a cargo de los particulares que prevén el pacto de acogimiento. A diferencia del Derecho foral en España, en el que, como expone la propia Heras (2004),

este negocio jurídico no sólo se compone de las declaraciones devoluntad tanto de acogedores como de acogidos adecuadamente manifestadas, sino que requiere para su válida conformación de la incoación y consiguiente tramitación de un expediente administrativo previsto legalmente en el que resulta imprescindible

dible la previa declaración administrativa de idoneidad referida tanto a las familias acogedoras como a los propios acogidos y ambas circunstancias referidas a un acogimiento concreto. (p. 447)

Este pacto supone, de conformidad con el Artículo 357 del CFS (p. 2959):

- La convivencia física de la persona acogedora con la acogida, en la vivienda en que ambos acuerden.
- Una labor de cuidado de la persona acogedora respecto de la acogida.
- La prestación de alimentos, asistencia y atención en situación de enfermedad de la persona acogida por la acogedora.
- El respeto a la autodeterminación de la persona acogida.

El pacto de acogimiento ha de incluir sus condiciones, entre ellas, el lugar donde vivirán acogedor y acogido, la manera en que se desarrollarán las prestaciones que debe cumplir uno y otro. No se impone que sea altruista, aunque no cabe duda de que esa es la finalidad que se persigue con la figura —al menos en la manera en que ha sido concebida en el Derecho familiar cubano—, pero no se previó esto con carácter preceptivo, de modo que ambas partes pudieran pactar una remuneración por los servicios o las prestaciones recibidos, máxime en las condiciones existentes en el país, elemento a tener en cuenta en el momento de concertar el pacto, al que, por otra parte, le resultaría ajena cualquier expresión de ayuda por entidad pública alguna. En el supuesto de que se prevea remuneración, debería fijarse el lugar, la moneda y la fecha de pago, incluso preverse determinadas garantías que las partes decidan establecer para el cumplimiento de esta prestación.

Del lado de la persona acogedora es necesario fijar si le es dable delegar, en parte, las prestaciones que asumirá, como la asistencia y atención de la persona acogida, si sobreviniera una enfermedad, o si estas se dibujan con una naturaleza personalísima. Prevé, también, el Artículo 358, en relación con el Artículo 359 (p. 2959) —si bien de manera meramente enunciativa— la determinación de la duración del acogimiento, en caso de que este se prevea como temporal, a menos que se fije con carácter indefinido, lo cual también es posible y, en ocasiones, deseable. En todo caso, han de delimitarse las causas de extinción y sus efectos, lo cual deja el legislador a la autonomía

privada de las partes. En caso de que no lo hayan previsto así, serán de aplicación las causas enunciadas en el Artículo 361 (p. 2960); en primer orden, las que incorporaron las partes en el pacto; pero, igualmente, el fallecimiento o la declaración judicial de presunción de muerte, tanto de la persona acogedora como de la acogida, circunstancias que no llevan a la extinción si, de una parte y de otra, hay más de una persona, por lo que se mantiene subsistente respecto de las sobrevivientes. Asimismo, será causa de extinción la voluntad de cualquiera de las partes ante el incumplimiento de los deberes de la otra.

Llama la atención la importancia que tiene la convivencia para el pacto de acogimiento, al punto de que se prevé, como causa de extinción de este, la decisión de una de las partes de proceder a ello, unilateralmente, si a la otra le es imputable una razón que haga difícil la convivencia, sea incluso la PERAM en su condición de persona acogida —Artículo 361.1 e) (p. 2960).

A los fines de dotar de seguridad jurídica el pacto de acogimiento familiar, el Artículo 358.1 (p. 2959) prevé la posibilidad de instrumentarlo mediante escritura pública notarial, pero ha de aclararse que se trata de una forma alternativa; de ahí la expresión empleada «pueden instrumentarse», lo cual no descarta que este se concierte verbalmente o por documento privado, aunque con más dificultades probatorias y sin las garantías que ofrece la intervención notarial y su instrumentación por documento público. Se exceptúa el supuesto en que las partes prevean incluir en dicho pacto de acogimiento los alimentos voluntarios, hipótesis en la cual —de acuerdo con lo regulado en el Artículo 358.2 (p. 2959)— tendrá naturaleza constitutiva la forma pública notarial. Y es lógico, dado que al pactarse alimentos voluntarios es muy probable que la prestación que asuma el alimentista sea la de transmitir la titularidad de su vivienda al alimentante.

La extinción del acogimiento familiar —a menos que se hayan pactado alimentos voluntarios— no genera derechos sobre el inmueble en el que, hasta el momento, se había desarrollado el acogimiento ni para la persona acogedora, ni para la acogida; de manera que no es posible invocar el derecho real de habitación a favor de ninguna de las partes, como tampoco los derechos de convivencia, al menos al amparo de esta figura jurídica. De ahí la importancia de instrumentar el pacto de acogimiento por escritura pública. No obstante,

de tratarse la persona acogida de un anciano que lleve tres años o más ocupando la vivienda y no tuviera otro lugar de origen, pudiera alegar a su favor lo previsto en el Artículo 65 de la «Ley general de la vivienda» (LGV) [GOR-O, (23), 2017, p. 646], como una excepción a la facultad del propietario de poner fin a la convivencia no deseada, según establece el Artículo 64 del mismo texto legal; eso sí, al amparo de la LGV, no del pacto de acogimiento familiar, pues este no genera derecho inmobiliario alguno, según el dictado del Artículo 362 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2960]; es decir, lo que le favorece es la convivencia con el titular, si la persona acogedora fuera la titular del inmueble en el que convivieron, pero derivado de la protección que, por su condición de anciano, le dispensa la legislación inmobiliaria, no sobre la base del acogimiento familiar que un día pactó con el titular del inmueble.

La extinción del acogimiento familiar puede revestir diversidad de formas, sin que sea necesario que resulte la misma empleada para su constitución. El Artículo 361.2 CFS (p. 2960) ofrece alternativas. Las partes pueden escoger qué forma emplear. Se recomienda, no obstante, la vía notarial, por las garantías que ofrece en todos los órdenes, cuando se trata de una causa de naturaleza voluntaria —Artículo 361.1 a), b) y e) (p. 2960). Si la causa de extinción es la reconocida en el inciso e), en buena técnica, se trataría de una resolución por incumplimiento, de resultar que este le es imputable a una de las partes (Arcos, 2003, p. 62); además, al tratarse de un pacto, si esa voluntad unilateral se exterioriza ante notario, tras la autorización de la escritura pública contentiva de dicha manifestación de voluntad, corresponde que se autorice un acta de notificación que permita dar a conocer, comunicar, informar a la otra parte la extinción del acogimiento por voluntad unilateral, lo cual ha de ser colegido de una interpretación sistemática del CFS, según lo que se prevé para la unión de hecho afectiva, cuando esta se extingue por voluntad unilateral de uno de sus miembros [Artículo 324.1 e), p. 2954], aun cuando no se regule expresamente en el Artículo 361, antes mencionado.

3.3. CONTRATO DE ALIMENTOS

No menos trascendente es la figura del contrato de alimentos, que se distingue del acogimiento familiar, entre otros temas, en que esta figura jurídica sí está diseñada —estructuralmente hablando— con una pres-

tación y una contraprestación, que hacen al contrato oneroso aleatorio. Por parte del alimentante, hay una prestación de cuidado y asistencia al adulto mayor, mientras que, por parte del alimentista, hay una contraprestación de transmisión de bienes o derechos. Se dibuja así un típico contrato bilateral perfecto. En el contrato de alimentos, la convivencia es circunstancial, pero no esencial para que se configure el contrato, en tanto que, en el pacto de acogimiento familiar, esta es la piedra angular de su causa. Por otro lado, el contrato de alimentos no se puede concertar entre los familiares primeramente obligados a darse alimentos, o sea, los que están en primer orden —según la previsión del Artículo 28 del CFS (p. 2901)— ni entre hijos o demás descendientes, cónyuges o miembros de la pareja de hecho afectiva; tampoco, entre ninguna de las personas potencialmente previstas como obligadas, entre sí, a procurarse alimentos —Artículo 27 (p. 2901)—, como dispone el Artículo 376 de esa disposición normativa (p. 2962).

Mientras la causa en el pacto de acogimiento familiar es brindar asistencia a la PERAM y facilitar su integración familiar y social, en el contrato de alimentos es prestar el sustento o la asistencia que aquella necesita, a cambio de una contraprestación de contenido económico. La forma documental pública notarial tiene naturaleza constitutiva en el contrato de alimentos —artículos 378 y 358.2 (pp. 2959, 2962)—, al ser la única admisible en Derecho, que, en el pacto de acogimiento familiar, es solo probatoria y concurrente con otros modos de exteriorizar la voluntad. El acogimiento familiar, de la manera en que se regula en el CFS, no es institucional, no se prevé que la parte acogedora sea una persona jurídica; en cambio, en el contrato de alimentos, el Artículo 381 habilita que puedan concertarlo, en calidad de alimentante, «las personas jurídicas que tengan entre sus fines el cuidado y la asistencia [...]» (p. 2963).

El contrato de alimentos —hoy reconocido en el CFS— logra su tipicidad normativa, porque la social ya la tenía. Lo que hace la ley, por tanto, es convertirlo en un negocio típico y nominado —artículos 375-382 (pp. 2962-2963)—, y lo conforma como un contrato de asistencia, en el que, por parte del alimentante hay una prestación positiva de hacer, sustentada en la labor de cuidado, y, por parte del alimentista, generalmente, una prestación positiva de dar, que implica la transmisión de la propiedad, la vivienda u otro bien

de importancia en el orden económico, con las repercusiones que ello puede tener en lo registral.

Lleva razón Puentes (2023) cuando aduce que

la propuesta del contrato de alimentos responde a [...] postulados constitucionales y además logra una sinergia peculiar entre el Derecho de personas, el Derecho de las familias, el Derecho de contratos y el Derecho sucesorio. Alcanza la concepción de este instituto, incluir el enfoque humanista del Derecho contractual [...], más allá de su carácter privado y patrimonial, que le es inherente, colocando a personas con discapacidad y adultos mayores en posición de acreedores. La llamada publificación, constitucionalización o socialización del Derecho privado es traída al debate, toda vez que institutos tradicionalmente propios del Derecho civil pasan a ser orientados por criterios distributivos, inherentes al Derecho público. (p. 28)

Es una figura que se erige en mecanismo de autoprotección, una alternativa para el financiamiento privado de la vejez, al trazar la propia persona las claves de este, de modo que habilita a los titulares de inmuebles o vehículos de motor —entre otros bienes— a emplearlos como vía para satisfacer sus necesidades afectivas, de compañía o asistencia, y patrimoniales, durante la vejez, teniendo en cuenta la ola expansiva migratoria de personas jóvenes y el número cada vez más creciente de PERAM que vivirán los últimos años de su vida en plena soledad.

Resulta ineficiente desde el ámbito económico y jurídico que personas que disponen de un patrimonio lo tengan inmovilizado, deteriorado y no sea rentable, por no contar con mecanismos jurídicos o la correcta asesoría para utilizar sus bienes según sus voluntades y preferencias. La solución no ha de encontrarse en acudir a negocios como el testamento o la donación para obtener cuidados y compañía sin las correspondientes garantías o seguridad jurídica tanto para el cuidador como para el sujeto dependiente. (Puentes, 2023, p. 31)

El contrato de alimentos, no obstante, requiere que aun se socialice más. Los medios de comunicación pueden resultar una vía expedita para ello. Los notarios desempeñan un papel importante en la

labor de asesoramiento jurídico que impone su diario bregar, que los erige en notarios proactivos que facilitan la visibilidad de los derechos de los que son titulares las PERAM y, aun más, su realización efectiva. Lograr que las PERAM vivan en un entorno cada día más accesible, democrático e inclusivo ha sido uno de los puntos de mira de los codificadores.

Cuba se ve abocada a incluir en su ordenamiento mecanismos que doten a las personas dependientes —o a aquellas que en el futuro puedan serlo— de la posibilidad de decidir libremente sobre su bienestar y que esa decisión sea viable y efectiva, con una gama de alternativas y oportunidades. De ahí que el reconocimiento del contrato de alimentos se engarce con principios-derechos, como autonomía personal, solidaridad y no discriminación, fundados en la noción de la dignidad humana como valor jurídico básico y fundamental de los derechos humanos. (Puentes, 2023, pp. 29-30)

IV. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES DESDE UN PERFIL VERTICAL

El Capítulo I del Título IX, del CFS, se destina *ad hoc* a la regulación de los derechos de las PERAM en el entorno sociofamiliar. Se refuerza aquí su especial protección, a la vez que se concentran los derechos que las enaltecen como seres humanos. Se trata de derechos de protección destinados a las PERAM, cuyo contenido, según el Artículo 431.1 es

[...] su pleno desarrollo y la satisfacción de sus necesidades afectivas y patrimoniales, así como los aspectos físicos, psicológicos, sociales y jurídicos de su vida, sobre la base de valores como el afecto, el respeto a sus voluntades, deseos y preferencias, la consideración, la inclusión, la solidaridad y la conservación de su salud psíquica y física, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y respeto a su autonomía. (p. 2971)

Como se ha sostenido,

el Código de las familias aporta una comprensión de la esencia y construcción social del envejecimiento, así como sus im-

plicaciones. Al mismo tiempo, instruye sobre la arquitectura de un sistema integral y coherente sobre los derechos en la vejez, que tiene en cuenta las características propias del grupo etario. (Puentes, 2023, p. 264)

4.1. EL DERECHO A UNA VIDA FAMILIAR CON DIGNIDAD

La CRC sitúa la dignidad en el pedestal que le corresponde, como frontispicio de todos los derechos, y es reconocida, en el Artículo 40, como valor supremo «que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes» [GOR-E, (5), 2019, p. 79].

El texto constitucional —a diferencia de su predecesor de 1976— ha sido prolíjo en la regulación de los derechos de la persona. Así, en su Artículo 88 (p. 85) reconoce la responsabilidad que les incumbe, no solo al Estado, sino también a la sociedad y las familias, de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las PERAM. Para ello, estas personas requieren estar en igualdad de condiciones ante la ley que las demás y, en tal sentido, se impone el respeto a su autodeterminación. Respeto es, en esencia, la palabra clave para entender el sentido constitucional de la protección de los derechos de las PERAM, que supone, ante todo, el acatamiento de su autodeterminación, la cual, además, es expresión de la autonomía personal a la que el constituyente convoca, como manifestación concreta de la dignidad de la persona y de su libertad, una de cuyas fuentes de concreción más evidente está regulada en el Artículo 47 de la Carta Magna (p. 80), que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, llama la atención que este se regule de forma autónoma como derecho, alejado de la dignidad, a la que se destina el Artículo 40 (p. 79). Y tal llamada de atención viene de la mano de la conexidad que existe entre la dignidad como valor-principio y el libre desarrollo de la personalidad como principio-derecho. Apunta Sarlet (2010), desde la doctrina brasileña, que la dignidad es

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e

desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (p. 70)²

Pero también como valor—Según Degenhart, citado por Parés (2007, p. 323)—, este derecho no solo sirve como un derecho subjetivo de defensa (*subjektives Abwehrrecht*), o sea, un derecho de *status negativus*, que se erige como un límite a la actuación del Estado, sino que, también, expresa una decisión de valores de la Constitución, con un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico (*Ausstrahlungswirkung*). Este particular lo resume el propio Parés, siguiendo el dictado del Artículo 16 de la Constitución de Venezuela, en el sentido de que la dignidad «no sólo es un derecho subjetivo, sino valor superior del ordenamiento jurídico» (p. 323), al punto de considerarse que «es el principal soporte de la figura del libre desarrollo de la personalidad» (Ortiz, 2019, p. 174), mientras este último «involucra principalmente reconocer la dignidad humana y la responsabilidad de los sujetos» (Ortiz, 2019, p. 176).

Ha dejado también sentado el Tribunal Constitucional de España, en la Sentencia 53, de 11 de abril de 1985, que el libre desarrollo de la personalidad supone la «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida», que entronca con el valor jurídico fundamental de dignidad de la persona (*BOE*, (119), 1985, s.p.).

Si bien es cierto que la libertad

parte de concebir a las personas como individuos que, en principio, gozan de la facultad de elegir, de tener un sentido propio de justicia, de decidir sobre lo que es bueno o malo

² En español: la cualidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en ese sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona contra cualquier acto deshumano y degradante, y le garantizan las condiciones de existencia mínimas para una vida saludable, a fin de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de su propia existencia y de la vida en comunidad con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que integran la red de vida. (Trad. del equipo editorial de *Justicia y Derecho*).

para ellos, y de poder en consecuencia elegir sus propios planes de vida (Guzmán, Bindi y Reiber, 2019, p. 27),

en ello tiene una dimensión especial la dignidad humana, que con la Constitución de 2019 «alcanza una nueva multidimensionalidad» (Guzmán, Bindi y Reiber, 2019, p. 27), dado que es un valor histórico-político, ratificado en el contenido del Preámbulo —siguiendo los derroteros de la Constitución de 1976—, contenida, además, en el Artículo 1, reservorio de los valores y principios superiores del ordenamiento jurídico, pero sobre todo el valor supremo que preconiza el citado Artículo 40, como sustento de los derechos y deberes.

Como bien explica la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la Sentencia No. 15427, de 14 de agosto de 2020:

La dignidad es un valor asociado a los seres humanos, que por el solo hecho de su existencia, reside en la esencia misma de cada ser [...]. En su concepto, se trata de un valor para el que no se puede ofrecer ningún equivalente, supera cualquier cosa que tenga precio, posee un carácter absoluto irremplazable que no permite la negociación. Es así como, la dignidad humana es un valor supremo e intrínseco de los seres humanos, de carácter universal y fuente de derechos iguales e inalienables reconocida a todas las personas, incluidas las personas menores de edad. Este valor sirve de fundamento axiológico a los derechos humanos, cuya materialización se concreta a través de los ordenamientos jurídicos, y se practica, entre otros a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad. (s.p.)

La doctrina cubana precedente cataloga la dignidad como «el presupuesto axiológico, la base ético-jurídica para el desarrollo legislativo y la interpretación de los derechos y deberes; [...] valor subyacente, cuyo contenido esencial debe ser reafirmado en la interpretación de los derechos y los deberes jurídicos», de manera que «si bien la dignidad humana transversaliza a todo el texto constitucional, lo hace con mayor fuerza en materia de derechos y deberes» (Guzmán, Bindi y Reiber, 2019, p. 33).

Libre desarrollo de la personalidad y dignidad se erigen en pilares de cualquier sistema democrático de Derecho, «son ejes centrales del sistema de valores reconocido por la Constitución [y] el soporte de la

totalidad de los derechos fundamentales» (Tribunal Constitucional del Perú, Sala Segunda, Sentencia de 10 de febrero de 2019).

Una Constitución que tenga como centro de atención la protección de la persona ha de partir de la dignidad humana como presupuesto ineludible de la tutela de aquella; a tal punto que el libre desarrollo de la personalidad irradia el valor dignidad sobre todo el ordenamiento jurídico y con ello este se ve vinculado a garantizar una protección amplia de la persona en los distintos ámbitos de la vida en que se desenvuelve. A tal efecto irradiante de los derechos fundamentales se refieren Bastida *et al.* (2004, p. 53), en el sentido de que los derechos fundamentales han de proyectarse hacia todo el ordenamiento jurídico al momento de interpretar y aplicar las normas jurídicas.

El efecto irradiante del libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental

se orienta a todos los poderes públicos en sus respectivos ámbitos de competencia como principales garantes de los derechos fundamentales; en razón de esto todos los tribunales deben al momento de decidir, si es pertinente, tomar en cuenta aquellos en su proceso de interpretación y aplicación del Derecho. (Moral, 2012, p. 65)

Como dejó sentado el Tribunal Constitucional alemán, en la Sentencia BVerfGE 7, 198, de 15 enero 1958:

la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del Derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al poder legislativo, a la Administración y a la Judicatura. Éste influye, por supuesto, también al Derecho civil; ninguna disposición del Derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu. (Schwabe, 2009, p. 204)

Desde este punto de mira, la CRC [GOR-E, (5), 2019, pp. 69-116] hace especial hincapié en la protección de los derechos de las PERAM, la refuerza, a la vez que, teleológicamente hablando, se busca promo-

ver la integración y participación social de las personas, entre otros escenarios, en el familiar, en el cual centra su atención el Artículo 421 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2969].

Ese derecho a la vida familiar supone, no solo el derecho de vivir en familia —en la que la persona elija—, según el dictado del Artículo 81 de la CRC [GOR-E, (5), 2019, p. 84], que reconoce el principio de pluralidad familiar, sino también el de hacerlo bajo los presupuestos que exige una vida digna, a saber, que las decisiones de la persona sean respetadas, se cuente con ella en la toma de decisiones familiares, se escuchen sus consejos, se respete su intimidad, se le permita mantener una comunicación fluida con los familiares, incluidos aquellos con los que no se comparte la vivienda, sobre la base de vínculos afectivos cercanos que permitan a la PERAM afianzar sus decisiones y reforzar sus convicciones; a la vez, según el dictado del propio precepto, es posible exigir a la familia la atención de las necesidades afectivas y patrimoniales que se tenga.

4.2. EL DERECHO A UNA VIDA AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE

El derecho a una vida familiar con dignidad está sustentado, tal como se ha adelantado con anterioridad, en el derecho a una vida autónoma e independiente. Por autonomía, ha de entenderse la posibilidad de elegir y tomar decisiones, con apoyo, si es necesario, de acuerdo con los deseos y las preferencias de la persona. La independencia es la posibilidad de realizar actividades de la vida diaria y participar en la sociedad, también con apoyo, cuando sea necesario, conforme con las voluntades, los deseos y las preferencias de las personas. Ya se había explicado cómo el Artículo 88 de la CRC [GOR-E, (5), 2019, p. 85] potencia el derecho a la autodeterminación de la PERAM, enraizado precisamente en la autonomía y la independencia que, luego, afianza el Artículo 422 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2970] en el entorno sociofamiliar. Se busca potenciar «su derecho a tomar decisiones, a definir y desarrollar su proyecto de vida de forma autónoma e independiente de acuerdo con sus convicciones, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos que les permita [sic.] ejercer sus derechos». Si ello se alcanza, se efectiviza también el derecho a una vida familiar con dignidad, por tratarse de derechos conexos, con idéntica finalidad: la realización del proyecto de vida de una perso-

na, enfocado en el estadio propio de la adultez mayor. Solo así se logra resguardar su dignidad.

Este derecho, a su vez, supone el derecho a elegir el lugar de residencia, determinar con quién se quiere vivir y con quién no —Artículo 423 CFS (p. 2970)—; trazar las pautas de su autorregulación futura, o sea, a «configurar el sistema de protección que ha de regir al concurrir circunstancias que les dificulten [sic.] el ejercicio de su capacidad jurídica» —Artículo 426 CFS (p. 2970)—; elegir el modelo familiar en el que se desea vivir —Artículo 81 CRC [GOR-E, (5), 2019, p. 84]—; poder controlar todos los aspectos de la vida, incluida la toma de decisiones sobre su apoyo y asistencia; ocio; propiedad; ingresos; finanzas; arreglos de la vivienda; salud y tratamiento médico o cuidado; cuidado al final de la vida; vida personal, familiar y privada (contempladas, también, las relaciones sexuales e íntimas); participación política; entierro y arreglos funerarios, entre otras tantas facetas de la existencia humana.

4.3. EL DERECHO A ELEGIR EL LUGAR DE RESIDENCIA

Por la impronta que marca en la vida de una PERAM el derecho a elegir su lugar de residencia, el legislador del CFS lo reconoce y le da un tratamiento autónomo —Artículo 423 [GOR-O, (99), 2022, p. 2970]. Él está reconocido, asimismo, en el Artículo 7 b) de la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores, antes citada y, como advierte Puentes (2023), «[...] se desdobra en dos elementos: la temporalidad en la elección del lugar donde se va a permanecer y las condiciones que caracterizan la vida en el lugar de residencia» (p. 269).

Se trata de un derecho cuyo contenido supone determinar el lugar en el que se desea residir: ya sea en la vivienda propia, en la de uno de los hijos, en las de varios de ellos, o en las de otros familiares o personas afectivamente cercanas. Es un derecho de titularidad exclusiva de la PERAM, que comprende, además, la elección de las personas con las que se quiere vivir, lo cual supone, en caso de ser propietario de un inmueble, la determinación de aquellos con quienes se pretende cesar la convivencia, facultad que se dispensa en Cuba a la persona en razón de su condición de propietario (no de adulto mayor), de conformidad con el Artículo 64 de la LGV [GOR-O, (23), 2017, p. 646], con las excepciones que el precepto siguiente

establece. La condición de ancianidad del conviviente —tal como ya se ha explicado— enerva la facultad del propietario de promover tal cuestión, si llevara tres años de ocupación del inmueble y no tuviera otro lugar de residencia.

El derecho a elegir el lugar de residencia, no obstante, puede tener ciertas excepciones, cuando la decisión de la PERAM pueda arriesgar su propia vida o las condiciones no fuesen, ni por asomo, las idóneas para desarrollar su existencia, o cuando se trate de una persona en situación múltiple de vulnerabilidad, por ejemplo, por la edad, la situación de discapacidad y la pobreza. Tal caso fue conocido por el Juzgado Civil y Comercial No. 2, de Goya, Corrientes (Argentina), en la Sentencia RC J 3878/22, de 8 de junio de 2022, en el marco de un proceso en el que se aplicaba el Protocolo para adultos mayores del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes (Acordada 16/2020), y que dispuso, como medida de carácter cautelar, el traslado de una persona mayor con discapacidad visual a un geriátrico y el alojamiento en esa instalación por el plazo de 120 días, al tiempo que se emitió un mandato preventivo para recomendar al Instituto Provincial de Vivienda, el intendente municipal, el secretario de Desarrollo Humano y Promoción Social y el Programa de Atención Médica Integral que analizaran la posibilidad de ampliar sus programas o prestaciones asistenciales habitacionales, a fin de ofrecer a los adultos mayores con discapacidad visual programas que les permitiesen el acceso a una vivienda digna y un nivel de vida y calidad adecuados a su situación personal, máxime al tratarse, en el caso enjuiciado, de una persona que tenía una jubilación y deseaba vivir en su propia casa, así como que tales instituciones generasen nuevos mecanismos tendientes a ofrecer a los adultos mayores no videntes, verdaderos programas inclusivos de aprendizaje tendientes a una mayor autonomía e independencia.

En la Sentencia dictada se deja dicho que:

[...] una cosa es tomar una decisión de elegir su lugar de residencia, dentro de un contexto de buena calidad y nivel de vida de un adulto mayor promedio con vivienda propia, que cuente con mínimos recursos económicos y con familiares que lo asistan y cuiden. Otro es el caso personal de A. F., que es no vidente, vive solo en una vivienda en malas condiciones, no consulta a un médico hace mucho tiempo y prácticamente ha sido aban-

donado por la única familiar de sangre que lo asistía pero no reside con él por un problema personal que los distanció. Ante esas circunstancias, se hizo cargo un vecino, que tampoco vive todo el día con él porque tiene que desempeñarse en su trabajo particular. (s.p.)

Asimismo, se expresa que «un adulto mayor, no solo tiene derecho a la autonomía e independencia para tomar decisiones donde residir, sino a la vida y dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, también a la salud física y mental» (s.p.).

Por ese motivo, el juez dispuso

el traslado y alojamiento provisorio por el plazo de 120 días, del Sr. A. F. en el Residencial Geriátrico [...], donde se le brindará el cuidado y contención necesaria para su bienestar, haciendo saber a la Institución mencionada que es jubilado, no vidente [...] y será atendido periódicamente por profesionales [...], a cuyos efectos se adjunta copia del informe médico y del informe psicológico realizados en el marco de las presentes actuaciones. La medida que se ordena en este acto podrá prorrogarse, si continúan las circunstancias que determinaron su aplicación. (s.p.)

4.4. EL DERECHO A UN ENTORNO ACCESIBLE

El derecho a una vida independiente está supeditado en buena medida al de entorno accesible. La accesibilidad ha de entenderse, en un sentido lato, como la supresión de cualquier tipo de barrera —no necesariamente las físicas, que son las más difundidas— que impide a una PSV ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas. Entre estas barreras, hoy se sitúan las que imposibilitan poder comunicarse, estar informadas e, incluso, acceder a la justicia. Ese entorno en el que se desarrolla la vida cotidiana de una PERAM es su espacio de realización. Si se quiere una sociedad cada vez más inclusiva, ataña a todos propiciar la eliminación del déficit que obstaculiza el acceso. Se debe procurar una sociedad en la que los prestadores de servicios faciliten estos de modo que lleguen a todos, a partir de las posibilidades de cada cual para recibirllos, en lo que desempeñarán un rol esencial los ajustes razonables que sea necesario desplegar en cada circunstancia.

Sobre la accesibilidad informacional de las personas en situación de discapacidad, entre las que podrían encontrarse las PERAM, en el ámbito contractual, Waddington (2022) estudia la obligación de facilitarles información precontractual a los consumidores en tal situación en un formato accesible o personalizado (formato alternativo), como un ajuste razonable. Con ello se busca proporcionarles mayor información de la que se brindaría a un consumidor medio, incluido lo referente al riesgo o beneficio particular que un producto o servicio pudiera presentar para ellas (pp. 307-329).

Especial protección merecen las PERAM en el ámbito de los derechos de que son titulares como consumidores. Se impone un consumo con un diseño universal que habilite a todos. La noción de consumidor hipervulnerable, aplicable a las PERAM, aún está en cierres.

Determinar en qué consiste el estado de inferioridad, subordinación, indefensión que representa la hipervulnerabilidad de las personas mayores no resulta una tarea fácil [...] cabría considerar como expresiones explícitas de la hipervulnerabilidad aquellos supuestos en que los proveedores se prevalezcan de aquellas condiciones particularísimas de las personas mayores para imponerle [sic.] sus productos o servicios, configurando una práctica abusiva; más allá de los supuestos genéricos de la ignorancia, edad, salud o condición social del consumidor medio. (Lapenta, 2022, p. 89)

Acota la autora citada que

la hipervulnerabilidad de las personas mayores no se trata de una situación de carácter permanente (supuesto que derivaría en la recepción de un nuevo supuesto de responsabilidad objetiva en el marco del consumo), sino [...] consiste más bien en una construcción que requiere el análisis específico del caso concreto, tanto de la situación de la persona mayor como del accionar del proveedor, y de una profundidad de análisis del entramado jurídico [...]. (pp. 89-90)

En fin, como arguye Puentes (2023),

el respaldo de este derecho se engrana con otros de tipo fundamentales [sic.] como la vida independiente, la inclusión social, la integración, la igualdad, los cuidados, el buen tra-

to, la no discriminación, entre otros. La aplicación, defensa y promoción de este derecho para las personas mayores exige un enfoque multisectorial y multifactorial, porque engloba desde elementos arquitectónicos hasta tecnológicos e innovadores, donde el Código de las familias se sitúa como una especie de mandatario legal para la realización de otras leyes que garanticen y ayuden a la ejecución de acciones que permitan eliminar barreras y obstáculos en todos los ámbitos y al mismo tiempo creen la accesibilidad deseada. (p. 273)

4.5. EL DERECHO A LA AUTORREGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN FUTURA

En relación directa con la modificación operada en el CC, relativa al nuevo estatuto del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas —artículos del 29 al 32—, llevada de la mano de la disposición final primera del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2978], el Artículo 426 de este mismo cuerpo legal (p. 2970) regula, de forma explícita, el derecho a determinar el propio estatus jurídico que la PERAM quiere, en aras de protegerse a sí misma ante el advenimiento de una situación de discapacidad que pueda comprometer su discernimiento. Se trata de un derecho

cuyo ejercicio [...] posee un carácter multidimensional, en el que confluyen varias categorías como la autonomía, la autodeterminación y la dependencia, cuyas relaciones en lo interno, y en lo externo, influyen en la observancia, eficacia y ejecutabilidad de las voluntades y preferencias manifestadas con carácter prospectivo, o sea, hacia el futuro. (Delgado y Pereira, 2020, p. 408)

Este derecho trae causa del Artículo 12 de la CDPD (OACNU, 2014, pp. 283-284). Toda persona tiene derecho a prever, programar, diseñar, dibujar, delimitar los mecanismos de autoprotección que más se avienen a su proyecto de vida. Con su ejercicio, quedan sin lugar otras medidas que puedan ser previstas judicialmente. Estas operarán en el caso de que el sistema diseñado por la persona sea incompleto, es decir, cuando exista alguna fisura en su concepción o como resultado de que sobrevenga un cambio de las circunstancias. Empero, tal previsión no debe quedar limitada a los apoyos y las salvaguardias —artículos 30 y 31 del CC [GOR-E, (9), 1987, p. 41] y 427 del

CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2970]—, sino que ha de extenderse a otros mecanismos de autoprotección, como el contrato de alimentos, ya analizado, regulado en los artículos del 375 al 382 de ese último cuerpo legal (pp. 2962-2963); los poderes preventivos, previstos en el Artículo 409.2.3 del CC, tras la reforma introducida por la disposición final decimosegunda del CFS (p. 2982); la hipoteca inversa, las voluntades anticipadas y otros, siempre con el fin de prever, con carácter prospectivo, la situación que pueda sobrevenir en la vejez, para buscar antídotos desde la autonomía privada de la persona.

La autorregulación de la protección futura ha generado en el Derecho los llamados actos autorreferentes, o sea, aquellos que atañen a la propia persona con una función, esencialmente, preventiva y hacia el porvenir.

De conformidad con el Artículo 427 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2970], la PERAM puede proveer anticipadamente sus propios apoyos, en particular, cuando para el ejercicio de sus derechos se hace necesaria la presencia de una tercera persona que la asista en ese sentido, en la realización de una actividad de la vida diaria, en la conclusión de un acto o negocio jurídico, o en la toma de decisiones, que le faciliten la comunicación, la accesibilidad, el otorgamiento de un documento. Igualmente, puede nombrar salvaguardias que actúen como contralores de la labor desempeñada por los apoyos, a fin de evitar la manipulación, las influencias indebidas, el abuso en la administración de las finanzas y del patrimonio, en sentido general. Las salvaguardias pueden ser institucionales, como los jueces y los notarios, pero, ante todo, voluntarias. O sea, las que diseña la propia persona a su antojo, conforme con sus voluntades y preferencias.

En fin, como arguyen Delgado y Pereira (2020),

el reconocimiento de la autonomía preventiva supone la ampliación de las fronteras de la autonomía privada tradicional. Con todo, la autorregulación de la protección debe ser observada como un proceso, cuyo momento más importante es el otorgamiento del negocio jurídico de autoprotección, en sus diversas formas de concreción. (p. 412)

4.6. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN E INCLUSIÓN SOCIAL

La participación e inclusión social ha sido regulada como un derecho del cual son titulares las PERAM en el Artículo 428 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2970] y supone un deber jurídico para los sujetos ante los cuales puede ser exigido su cumplimiento. Solo es posible alcanzar un envejecimiento activo y saludable desde el pódium de la participación y la inclusión social. Ciertamente, según dijo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su Sentencia No. 03932-2023, de 17 de febrero de 2023,

la vida de las personas adultas mayores no tiene porqué ser pasiva o carente de participación en distintos ámbitos de la sociedad. Más aún, debe ser una preocupación general que el conjunto de cambios individuales asociados al envejecimiento no impliquen una pérdida de oportunidades y mucho menos de derechos. (s.p.)

Compete, pues, según el dictado literal del precepto citado, tanto

a las familias, la sociedad y el Estado, de acuerdo con sus respectivas responsabilidades, [...] el deber de contribuir en la protección de las personas adultas mayores a través de sus organismos e instituciones, y proporcionarles su participación e inclusión social, comunitaria y familiar en un ambiente de plena igualdad que les permita desarrollar sus capacidades y potencialidades.

Hay un reto que impone el legislador a las instituciones del Estado y sociales, de propiciar la participación cada vez más activa de este grupo etario en la vida social y política, sin que la edad sea motivo alguno para vetar tal participación, de modo que, en la medida en que se haga efectiva la inclusión familiar y social, la persona pueda sentirse productiva, al resultar útil la labor que realiza, no solo en el plano laboral, sino también como transmisor de experiencias, tradiciones y cultura a los propios miembros de su familia, tal como preconiza el Artículo 8 del texto familiar [GOR-O, (99), 2022, p. 2897], cuando alude al papel de los abuelos en las familias. Al reconocerse este derecho en el Código, él se erige en una herramienta útil, ejercitable ante cualquier conculcación de alguna de sus aristas, siempre

que atañan a las de naturaleza sociofamiliar, clave de aplicación del mencionado cuerpo normativo.

V. DEBERES

5.1. DEBERES DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES PARA CON SU FAMILIA

Llama la atención, también, la regulación que se hace, junto al plexo de derechos, de los deberes jurídicos que tienen las PERAM para con la familia. El principal deber que se les atribuye es de perfil educativo, formador. Son ellas baluartes de valores, principios, tradiciones, pilastres en las que se ha sostenido por décadas el seno familiar. Por ello, no solo resultan tributarias de derechos, sino también de deberes, tan necesarios hoy en día en la formación de las nuevas generaciones. Se busca un balance efectivo, propio de las familias multigeneracionales, tan recurrentes en Cuba. Explican Mesonero, Fernández y González (2006) que,

cuando los abuelos interactúan con los individuos de las generaciones más jóvenes, los niños o sus nietos, el elemento atractivo del intercambio puede ser: a) el desarrollo de un sentimiento de utilidad; b) el disponer de la oportunidad para formar nuevos lazos emocionales; c) la sensación personal y la satisfacción que genera el dar algo a otras generaciones; d) comunicar el conocimiento y la experiencia; e) el utilizar y practicar en habilidades que se han desarrollado a lo largo de la vida y que, quizás, no haya habido mucha oportunidad para ponerlas en práctica en otras etapas anteriores. (p. 280)

Este deber es ponderado, el propio legislador hace hincapié en ello, su cumplimiento pende de las potencialidades físicas e intelectuales que tenga la persona.

Cabe destacar el deber de cuidado hacia sí mismo previsto por el legislador, que alcanza en el Código su máxima expresión. Las PERAM deben proveerse de toda medida a recaudo que suponga su propia protección. El cuidado se erige en un deber del cual no se excluye a las personas en razón de su adulterez mayor. El deber de cuidado se extiende también hacia la familia y es una relación recíproca: de la misma manera que la PERAM puede exigir el cumplimiento del deber de cuidado

de sus familiares hacia sí, estos pueden demandar de ella idéntico deber, en caso de necesitarlo. Se trata de un derecho-deber marcado por esa reciprocidad, expresión de la solidaridad intergeneracional. Como expresó la Sentencia No. 153-A-2013, de 23 octubre de 2013, de la Cámara de familia de la Sección del Centro, San Salvador,

los adultos mayores tienen derechos fundamentales, encaminados a su no discriminación, a su protección y consideración, a que se les provea de buenos tratos y asistencia de toda índole; asimismo éstos a su vez tienen el deber de respetar y considerar a los miembros de su familia y orientarlos, así como por su madurez y experiencia deben guardar especial consideración y tolerancia con los niños, niñas y adolescentes, y en las medidas de sus posibilidades colaborar en las tareas y ocupaciones cotidianas del hogar o del lugar donde se encuentren. (s.p.)

El reconocimiento de tal deber jurídico refuerza la concepción de una vejez socialmente activa, en la que la PERAM no solo exija derechos, sino también cumpla deberes, exigibles por otros.

5.2. DEBERES DE LAS FAMILIAS PARA CON LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

El Artículo 430 del multicitado CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2970] alude a los deberes de las familias para con las PERAM, contracara de los derechos que a estas conciernen. Tales deberes se expanden en dos direcciones: una de naturaleza personal y otra patrimonial, las que, a la vez, se complementan.

En el orden personal, compete a las familias asumir la satisfacción de las necesidades afectivas y de cuidado de las PERAM. Son los familiares más cercanos —a título de cuidadores informales— quienes lo asumen, sin olvidar que en Cuba el cuidado tiene rostro femenino, como en la mayoría de otras naciones (Pérez Gallardo, 2021, pp. 311-338; Pérez Gallardo y Pereira, 2023, pp. 3-24). La satisfacción de las necesidades afectivas es un concepto jurídico indeterminado que será colmado por los operadores del Derecho, esencialmente, los jueces. Su quebrantamiento puede tener consecuencias, algunas de las cuales han sido adelantadas, sobre todo las de naturaleza sucesoria. El buen trato, la comprensión, el acompañamiento físico y emocional, el proporcionar un estado de ánimo positivo, la lealtad y la complicidad

emocional son expresiones de necesidades afectivas que suelen multiplicarse con la edad, máxime en Cuba, con el proceso migratorio experimentado por décadas y que se ha agudizado en la actualidad. El llamado «síndrome del nido vacío» invade hoy un porcentaje significativo de los hogares cubanos, razón por la cual la familia que queda en el país debe acrecentar tales necesidades afectivas, aun cuando emigrar no debe significar romper con la familia y, menos, con los miembros de mayor edad. La tecnología hace posible mantener —al menos desde los entornos digitales— una comunicación que permita la pervivencia de los vínculos afectivos y mitigar la soledad que pueden padecer padres y abuelos que ven marchar a los miembros más jóvenes de la familia. Los vínculos afectivos trascienden fronteras. Se trata de mantener activa la llama del afecto, piedra angular de las relaciones familiares.

Desde el perfil patrimonial, compete a la familia —cuando se hace necesario— el sostenimiento económico. La pensión por jubilación, hoy día, no es sinónimo de independencia económica. Concerne a las familias asumir los gastos de cuidado, atención, alimentación, determinados servicios en el hogar y todas las medidas que se imponen para preservar los bienes de la PERAM, entre ellas, las reparaciones de la vivienda (menores y mayores), la pintura y el embellecimiento, la reparación de efectos electrodomésticos que hacen más dúctil la vida en el hogar; deberes que, también, quedan perfilados en el nuevo Código en un segundo escenario, distinto al doméstico, cuando la PERAM esté internada en centros geriátricos o de asistencia social, ello en el entendido de que tal decisión «se tendrá como la última medida a aplicar», conforme a lo dicho en la sentencia citada. El Artículo 431 regula los deberes que recaen sobre los familiares en este ámbito [GOR-O, (99), 2022, p. 2971], los que pueden ser coercibles en caso de incumplimiento, a saber:

- a) Mantener el vínculo de aquella con el hogar familiar;
- b) mantener el contacto permanente con la institución;
- c) acudir cada vez que se le[s] convoque;
- d) acompañarle en los ingresos hospitalarios siempre que no existan circunstancias que [...] lo impidan; y
- e) cualquier otra acción que redunde en su bienestar general.

Dado que tales centros prestan servicios gratuitos en el país, formando parte de la red de salud pública, incumbe a los familiares el cumplimiento de deberes de naturaleza eminentemente personal, dirigidos a mantener la lealtad familiar y potenciar los vínculos afectivos que no deben romperse por el internamiento. El legislador realza la faz afectiva del cuidado y la atención durante la vejez, se enaltecen aquí los valores de solidaridad y responsabilidad; solidaridad hacia los sectores más vulnerables y responsabilidad que se exige a los familiares más próximos de la PERAM en razón del vínculo familiar.

Según ha dejado sentado la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-066/20, de 18 de febrero de 2020,

el principio de solidaridad le impone a cada miembro de nuestra sociedad el deber de ayudar a sus familiares cuando se trata del disfrute de sus derechos fundamentales. Lo anterior implica un mayor grado de compromiso [...] tratándose de personas de la tercera edad, quienes como se ha advertido se encuentran en situación de debilidad manifiesta con ocasión de las aflicciones propias de su edad o de las enfermedades que los aquejan, encontrándose limitados en la capacidad de procurarse su auto cuidado [*sic.*] y, en consecuencia, requiriendo la ayuda de alguien más. Ante tal escenario, en principio, es competencia de la familia atender las necesidades de su pariente, y solo a falta de ella, el Estado y la sociedad concurrirán a su protección y auxilio. (s.p.)

5.3. REDES INSTITUCIONALES Y COMUNITARIAS DE PROTECCIÓN

Cabe apuntar que compete también a la comunidad y al Estado asumir el deber de protección que les atañe respecto a las PERAM. A su cargo corre velar por que las familias cumplan con su obligación de proveer atención y cuidado, además de propiciar la inclusión social e instar a los organismos correspondientes —Ministerio de Salud Pública o de Trabajo y de Seguridad Social, entre otros—, a los fines de que observen los deberes que a ellos corresponden. O sea, son celdadores del cumplimiento de deberes institucionales en cuanto a este sector de la población en situación de vulnerabilidad —artículos 432 y 433 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2971].

Las redes institucionales y comunitarias desempeñan hoy un papel esencial en el envejecimiento saludable de la población; eso sí,

es fundamental que los programas de asistencia, los dispositivos de salud y los organismos e instituciones, lejos de tener visiones «asistencialistas», consideren al adulto mayor como un grupo social sujeto de derecho, y potencien las herramientas necesarias para el disfrute pleno de esta etapa de la vida. (Arés, 2019-2020, p. 24)

VI. CONCLUSIONES

El nuevo Derecho familiar, traído de la mano del Código de las familias de 2022 genera expectativas y desafíos. Los primeros, por la transversalidad con la que se han regulado los derechos de las personas adultas mayores. Aun cuando Cuba no es un Estado parte de la Convención sobre los derechos humanos de las personas mayores, aprobada en el seno de la OEA en 2015, ha positivizado en el Derecho interno los derechos reconocidos que dicho tratado reconoce, con incidencia en la vida sociofamiliar.

Las personas adultas mayores resultan visibilizadas en el Código como sujetos de especial protección, a partir de la tutela reforzada que la Constitución ofrece. El telón que sirve de fondo a esta previsión es el respeto a la autodeterminación y la dignidad de la persona, en la búsqueda de su inclusión social y familiar.

Los desafíos son de diversa índole. El Derecho, con independencia de la gran importancia que reviste para la realización de la persona, necesita, inexorablemente, de políticas públicas desde las cuales se sienten las bases de una sociedad cada vez más inclusiva, en las que la edad no se convierta en un criterio de discriminación de la persona, conforme con razones utilitaristas.

Los escenarios que ofrecen las familias cubanas son disímiles. Sin embargo, en todos ellos es una constante la presencia de adultos mayores en sus más diversas dimensiones. Por este motivo, se hace necesario —además de potenciar sus derechos— crear incentivos que les permitan, desde la autorregulación, prever o diseñar los trazos de la vejez y su cuidado. Envejecimiento demográfico y cuidado familiar se convierten en las dos caras de una moneda.

El «síndrome del nido vacío» es una constante en los núcleos familiares cubanos. Mientras que los abuelos residen en Cuba, hijos y nietos ven mejores oportunidades para su proyecto de vida en otras latitudes, esencialmente, en países europeos y Estados Unidos. Ante tales circunstancias se impone inyectar incentivos desde el Derecho patrimonial que, a la vez de empoderar las labores de cuidados de las personas adultas mayores y en situación de discapacidad, ofrezcan garantías a cuidadores no familiares que necesitan acceder a una vivienda adecuada para su núcleo familiar, a cambio del cuidado que ofrecen. Se trata de potenciar alternativas para el financiamiento privado de la vejez.

Una sociedad que envejece debe rendir tributo y respeto —desde el Derecho— a las canas. Reconocer los derechos de las personas adultas mayores, de abuelos y abuelas, de quienes han transmitido valores, tradiciones, costumbres, han forjado la identidad familiar y han sido artífices de la labor de cuidado de las generaciones más jóvenes, es expresión de altos valores, de lealtad, de culto a quienes han precedido. Se trata de una deuda que el Derecho familiar tiene hacia ellos. Reconocer derechos que potencien su autonomía, su poder de decisión sobre el lugar en que se quiere residir, su inclusión familiar y social; que les permitan contar con un entorno accesible; que viabilicen la necesaria comunicación familiar, es una conquista de la nueva norma que ha de ser apoyada, preservada y garantizada de manera efectiva.

VII. REFERENCIAS

- Alfonso Fraga, J. C., Mena Correa, M. y Ranero Aparicio, V. M. (2022). Panorama sociodemográfico y epidemiológico de las personas mayores en Cuba. En Fernández Seco, A. E. y Cintra Cala, D. (Coords.). *Envejecimiento saludable en Cuba*, 1-14. Editorial de Ciencias Médicas.
- Algaba, S. (2015). Maltrato de obra y abandono emocional como causal de desheredación. *InDret*, (2), 1-26. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1134_es.pdf
- Amaro Cano, M. C. (2016). El envejecimiento poblacional en Cuba, desde el prisma de la epidemiología social y la ética. *Anales*

de la Academia de Ciencias de Cuba, 6(2), s.p. <https://revistaccuba.sld.cu/index.php/revacc/article/view/340/340>

Arcos Vieira, M. L. (Julio-diciembre, 2003). El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley foral 34/2002, de 10 de diciembre de Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, (36), 51-63. https://www.researchgate.net/publication/304489932_El_acogimiento_familiar_de_mayores_Analisis_de_la_Ley_Foral_342002_de_10_de_diciembre_de_Navarra_Revista_Juridica_de_Navarra_36_julio-diciembre_2003_pp_51-63

Arés, P. (Octubre 2019-marzo 2020). Familias y adultos mayores en Cuba. *Temas*, (100-101), 17-25. https://temas.cult.cu/media/imagenes/Revista_Temas/articulos/Familias%20y%20adultos%C2%A0mayores%20en%20Cuba_primeras5paginas.pdf

Arianna, C. A. y Ocampo, G. C. (2020). *La acción de indignidad. La Ley.*

Audiencia Provincial de Madrid. (Diciembre 20, 2021). Sentencia 1215. <https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action>

Balea Fernández, F. J., González Medina, S., Alonso Ramírez, J. (2020). Relación abuelo/a nieto/a cuando existen conflictos familiares. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 1(1), 217-224. <https://doi.org/10.17060/ijodaep.2020.n1.v1.1778>

Bastida Freijedo, F. J., Villaverde Menéndez, I., Requejo Rodríguez, P., Presno Linera, M. Á., Aláez Corral, B. y Fernández Sarasola, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos.

Cámara Nacional Civil de Argentina, Sala J. (Agosto 19, 2011). Sentencia, de 28 de junio de 2011. Jurisprudencia. https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/fallo4.asp?id=28919&base=14

Cámara de familia, Sección del Centro, San Salvador, El Salvador. (Octubre 23, 2013). Sentencia No. 153-A-2013. Vlex. Jurisprudencia. <https://sv.vlex.com/vid/567383446>

- Chávez Negrín, E. (Octubre 2019-marzo 2020). Valoraciones sobre el envejecimiento en Cuba. *Temas*, (100-101), 133-138. https://temas.cult.cu/media/imagenes/Revista_Temas/articulos/Valoraciones%20sobre%C2%A0el%20envejecimiento%20en%20Cuba_primeras5paginas.pdf
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. (2024). Organización de Estados Americanos. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf
- Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo. En OACNU. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 271-316.
- Corte Constitucional de Colombia. (Mayo 12, 2017). Sentencia T-322/17. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-322-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (Febrero 18, 2020). Sentencia T-066/20. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-066-20.htm>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. (Febrero 17, 2023). Sentencia 03932-2023. <https://sfo2.digitaloceanspaces.com/elpaiscr/2023/03/Sala-Constitucional-adulto-mayor.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. (Agosto 14, 2020). Sentencia. 15427. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/ext-1-0007-289812//153/score/undefined/159406>
- Dabove, M. I. (2016). Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención americana y sus implicancias bioéticas. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 16(1), 38-59. <http://dx.doi.org/10.18359/rlnbi.1440>

- Delgado Vergara, T. y Pereira Pérez, J. (2020). Protección legal y vejez inclusiva de la persona adulta mayor. Panorama en Cuba con especial referencia al Derecho civil y familiar. En Pérez Gallardo, L. B. y Cánovas, D. (Coords.). *Las familias en la Constitución*, 397-413. Olejnik.
- Domínguez Guillén, M. C. (Agosto, 2020). El derecho-deber de relacionarse entre progenitor e hijo en Venezuela. Algunos aspectos sustantivos y procesales. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (13), 224-281. https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/09/9_M%C3%82%C2%AA_Candelaria_Dom%C3%83_nguez_pp_224-283.pdf
- Etxeberria, X. (2022). Dignidad y autonomía en la vejez. En Huenchuan, S. (Ed.). *Visión multidisciplinaria de las personas mayores*, 57-76. CEPAL.
- Guilarte, C. (2022). El principio de respeto a la voluntad y las preferencias vs. el interés objetivo de las personas con discapacidad. En Castro-Girona, A., Cabello de Alba Jurado, F. y Pérez, C. (Coords.) *La reforma de la discapacidad* (vol. 1), 357-388. Fundación Notariado.
- Guzmán Hernández, T. Y., Bindi, E. y Reiber, K. (Julio, 2019). La dignidad en la Constitución cubana de 2019 y en dos notas comparadas: dimensiones de análisis y retos para el juez. *Revista Cubana de Derecho*, (54), 5-43. <https://cuba.vlex.com/vid/dignidad-constitucion-cubana-2019-844774875>
- Heras Hernández, M. M. (Abril, 2004). El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (Aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro). *Revista de Derecho Privado*, (88), 443-488. <https://vlex.es/vid/acogimiento-normativos-catalan-navarro-243119>
- Huenchuan, S. (2013). *Envejecimiento, solidaridad y protección social en América Latina y el Caribe. La hora de avanzar hacia la igualdad*. CEPAL. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/2cbb8ac2-5ab8-40c6-be14-aa6a4bc43966/content>

Instituto Internacional de Estudios sobre la Familia. (2013). *El papel de la familia en el envejecimiento activo.* <https://fiapam.org/wp-content/uploads/2013/06/Informe20132.pdf>

Jiménez-Aybar, I. y Caparrós Civera, N. (s.f.). El acogimiento familiar de adultos mayores en España. <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/jimenez-acogimiento-01.pdf>

Juzgado Civil y Comercial No. 2, Goya, Corrientes, Argentina, (Junio 8, 2022). Sentencia RC J 3878/22. Rubinzal Online. <https://www.rubinzalonline.com.ar>

Lapenta, L. I. (2022). Desarrollos jurisprudenciales de la hipervulnerabilidad: las personas mayores en las relaciones de consumo. *Anales*, (52), 73-92. <https://doi.org/10.24215/25916386e110>

Ley No. 59, «Código civil». (Julio 16, 1987). *GOR-E*, (9), 39-81.

Ley No. 65, «Ley general de la vivienda». (Julio 24, 2017). *GOR-O*, (23), 631-677.

Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (138), 3977-4069.

Ley No. 156, «Código de las familias». (Septiembre 27, 2022). *GOR-O*, (99), 2893-2995.

Martínez Muñoz, L., Cruz Sánchez, L., Martínez Iglesias, I., González Carrodeguas, K. y Terry Pérez, E. (2013). Conocimiento sobre el maltrato al adulto mayor por un grupo de ancianos del Policlínico Bernardo Posse. *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, 12(4), 671-679. <http://scielo.sld.cu/pdf/rhcm/v12n4/rhcm19413.pdf>

Mesa-Lago, C. (2020). Impacto del envejecimiento en la protección social en Cuba. En Acosta González, E. (Ed.). *Crisis de cuidados, envejecimiento y políticas de bienestar en Cuba*, 139-172. Universidad Sergio Arboleda. https://digital.csic.es/bitstream/10261/335336/1/Pr%C3%B3logo_Crisis_de_cuidados.pdf

Mesonero, A., Fernández C. y González P. (2006). Familia y envejecimiento. Disfunciones y programas psicoterapéuticos. *International Journal of Developmental and Educational*

- Psychology*, 2(1), 275-288. <https://www.redalyc.org/pdf/3498/349832312023.pdf>
- Moral Ferrer, A. del. (2012). El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Cuestiones Jurídicas*, VI(2), 63-96. <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127526266005.pdf>
- Orlandi, O. E. (2015). Alcance de las causales de indignidad. El maltrato emocional a personas mayores. *Jurisprudencia Argentina*, (IV), 1143-1147. <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/549157/Alcance%20de%20las%20causales%20de%20indignidad%20%282281%20incs.%20b%29-%20El%20maltrato%20emocional%20a%20personas%20mayores.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Ortiz, C. (2019). El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana. *Letras Jurídicas*, (39), 171-184. <https://www.uv.mx/cedegs/files/2020/10/Revista-Letras-Juridicas-numero039.pdf>
- Parés, A. (2007). Tiempo libre, libre desenvolvimiento de la personalidad e intromisión del Estado en espacios protegidos del ciudadano. *Revista de Derecho público*, (112), 319-324. https://revistadederechopublico.com/wp-content/uploads/2022/11/112-Tiempo_libre_desenvolvimiento_personalidad_intromision_del_estado_Alfredo_Pares.pdf
- Pérez Gallardo, L. B. (2021). Cuidadores familiares: en la encrucijada de su posible protección sucesoria. *Diritto delle successioni e della famiglia*, VII(1), 311-338. <https://www.edizioniies.it/e-shop/estratti-pdf/dsf/diritto-delle-successioni-e-della-famiglia-2021/diritto-delle-successioni-e-della-famiglia-1-2021/cuidadores-familiares-en-la-enencrucijada-de-su-possible-protecci%C3%B3n-sucesoria.html>
- Pérez Gallardo, L. B. y Pereira J. (Julio-agosto, 2023). Del cuidado personal como derecho humano, a su protección a través de incentivos sucesorios. *Revista de Derecho Privado*, (4), 3-24. <https://www.editorialreus.es/revistas/revista-de-derecho-privado/del-cuidado-familiar-como-derecho-humano-a-su-proteccion-a-traves-de-incentivos-sucesorios/921/>

- Pérez Nájera, C. (2021). Violencia familiar sobre los adultos mayores. *ReCrim*, 119-147. <http://www.uv.es/recrim/recrim12/recrim12a03.pdf>
- Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. (1988). Organización de Estados Americanos [serie sobre tratados, No. 69]. <https://bibliotecadigital.indh.cl/server/api/core/bitstreams/e6ceb860-256b-46fc-8bae-c74989270206/content>
- Puentes Gómez, A. (2023). *El contrato de alimentos en el Derecho cubano*. Olejnik.
- Puentes Gómez, A. (2023). La protección a las personas adultas mayores en el Código de las familias cubano. Una visión desde los derechos, la autonomía y la corresponsabilidad. En Herrera, M. y Pérez Gallardo, L. B. (Dtores.). Beguiristain, C., Torre N. de la y Notrica, F. (Coords.) *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano* (2.^a ed.), 263-281. Editores del Sur.
- Resolución No. 70, de 9 de junio de 1992, ministro de Justicia, «Reglamento de la Ley de las notarías estatales». (Junio 9, 1992). *GOR-E*, (4), 9-18.
- Rolleri, G. (2015). La exclusión hereditaria en el nuevo Código civil: fortalecimiento de la indignidad y supresión de la desheredación. *Revista de Derecho de la Familia y de las Personas*, (4), 105-112. <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-siglo-21/abogacia/la-exclusion-hereditaria-en-el-nuevo-codigo-civil/99551568>
- Sarlet, I. W. (2010). *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988* (8.^a ed.). Livraria do Advogado.
- Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza. (Agosto 25, 2015). Sentencia No. 403/12/1F-17/14. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/09/FA.-PCIAL.-MENDOZA.-C%C3%81M.-APEL.-DE-FLIA.-Derecho-de-comunicaci%C3%B3n-entre-abuelo-y-nieto..pdf>

- Serra Valdés, M. A., Cordero López, G. y Viera García, M. (Abril, 2018). El maltrato a los ancianos o el no mejor trato. *Realidad y retos. Medisur*, 16(2), 233-240. <http://scielo.sld.cu/pdf/ms/v16n2/ms06216.pdf>
- Schwabe, J. (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Konrad Adenauer Stiftung. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038
- Tribunal Constitucional de Perú, Sala Segunda. (s.f.). Sentencia de 10 de febrero de 2019.
- Tribunal Constitucional de España. (Mayo 18, 1985). Sentencia No. 53, de 11 de abril de 1985. *Boletín Oficial del Estado*, (119), s.p. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/433>
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (Noviembre 26, 2014). Sentencia 0112/2014-S1). <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=24740>
- Vallet, H. E. (Mayo, 2019). El derecho de comunicación entre abuelos y nietos. Algunas consideraciones desde el estudio de la violencia contra el adulto mayor. *Trayectorias Humanas Transcontinentales*, (5), 20-35. <https://doi.org/10.25965/trahs.1317>
- Vega Cardona, R. J. (2023). Otras instituciones de guarda y protección en el ámbito familiar. En Herrera, M. y Pérez Gallardo, L. B. (Dtores.). Beguiristain, C., Torre, N. de la y Notrica, F. (Coords.). *Derecho de las familias contemporáneo. Avances y tensiones en el Código Civil y Comercial argentino y el Código de las familias cubano* (2.ª ed.), 221-240. Editores del Sur.
- Velásquez Loaisa, M. (Septiembre 4, 2018). Los países de Latinoamérica con la población más vieja. CNN en español. <https://cnnespanol.cnn.com/2018/09/04/los-paises-de-latinoamerica-con-la-poblacion-mas-vieja/>
- Waddington, L. (2022). Reading a Duty to Provide Accessible Pre-Contractual Information for Consumers with Disabilities into EU Consumer Protection Law. *Journal of Consumer Policy*, (45), 307-329.



PROCEDIMIENTOS COLECTIVOS DE LAS EMPRESAS CON DIFICULTADES FINANCIERAS EN EL DERECHO FRANCÉS

COLLECTIVE PROCEDURES FOR COMPANIES WITH FINANCIAL DIFFICULTIES IN FRENCH LAW

■ DR. HÉCTOR DOMINIQUE

Consultor internacional, Consultoría General del Caribe, Francia

<https://orcid.org/0009-0006-6914-416X>

hector.dominique@gmail.com

Resumen

La presente conferencia se acerca a los procedimientos de quiebra de las empresas privadas en el Derecho francés; en especial, se analiza cómo restablecer la gestión de la empresa o decidir sobre su liquidación, tema de gran interés, en la medida en que se hace posible el restablecimiento de la situación económica de las empresas privadas con dificultades financieras, respecto a los empleos y los compromisos asumidos por estas. Además, se describen las diferentes etapas del procedimiento judicial que permite a estos sujetos restablecer su situación económica, lo cual protege, a un tiempo, los empleos, el interés de los acreedores y los intereses de la economía nacional. También se analiza que, cuando tales intentos fracasan, se trata de organizar, judicialmente, la liquidación de la empresa, siempre con la voluntad de proteger a todas las partes.

Palabras clave: Derecho mercantil; empresa privada; insolvencia; quiebra; liquidación judicial.

Abstract

This lecture deals with the bankruptcy proceedings of private companies under French law; in particular, it analyses how to restore the management of the company or decide on its

liquidation, a subject of great interest insofar as it makes it possible to re-establish the economic situation of private companies in financial difficulties, with regard to the jobs and commitments undertaken by the company. In addition, it describes the various stages of the judicial procedure that enables these subjects to restore their economic situation, thus protecting jobs, the interests of creditors and the interests of the national economy. It also analyses the fact that, when such attempts fail, the liquidation of the company is organised through the courts, always with the aim of protecting all parties.

Keywords: Commercial law; private company; insolvency; bankruptcy; judicial winding-up.

Sumario

- I. Introducción;
- II. Los principios que guían la legislación francesa;
- III. Los procedimientos para restablecer las empresas con dificultades financieras;
- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Constituye una gran satisfacción y un honor estar en Cuba, en el marco del Encuentro Internacional Justicia y Derecho, organizado por el Tribunal Supremo Popular, y agradecer a dicho tribunal por su invitación. Esta ponencia surge después de que, en noviembre pasado, se firmó un acuerdo de colaboración entre el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba y la asociación francesa de juristas ACP Legal, cuyo objetivo es desarrollar un proyecto de armonización del Derecho de los negocios en el Caribe (proyecto OHADAC), con intercambios de experiencias y normas comparadas, y organización de seminarios, para desarrollar un mejor conocimiento de las disposiciones, y reflexionar, de conjunto, sobre principios que podrían constituir una base común entre los países de la zona, con los temas elegidos: el cumplimiento de las sentencias civiles y comerciales, así como los procedimientos de ejecución civil y comercial que se pueden aplicar, en caso de que exista incumplimiento de la sentencia dictada por parte del deudor o de quien ha recibido una orden judicial en su contra.

En el momento en que los actores económicos no estatales se desarrollan en Cuba, parece de interés analizar cómo se pueden resolver los problemas financieros y económicos que encuentran ciertas empresas privadas. Efectivamente, no se trata solo de crearlas —como persona jurídica— o de organizar su gestión, sino que se debe analizar, también, cuando esta empresa privada afronte dificultades financieras o insolvencia, cómo se pueden resolver tales situaciones. Este es uno de los temas que las partes firmantes del acuerdo mencionado van a desarrollar en los próximos meses con intercambios entre profesionales del Derecho, magistrados y jueces.

La empresa corresponde siempre a la noción de un potencial riesgo de dificultades financieras que pueden encontrar sus orígenes en varios factores, los que, muchas veces, no se relacionan con una mala gestión o a una gestión fraudulenta de aquella, como antes se consideraba en la historia de estas entidades.

Estas dificultades financieras pueden tener varios orígenes: el sector de actividad de la empresa está en crisis, los cargos en ella no están adaptados a sus resultados, su ubicación no permite que se desarrolle, sus dirigentes han hecho estrategias equivocadas, no dispone de un financiamiento suficiente, se ha producido un accidente que afecta sus finanzas, el accionista o determinados trabajadores con un papel importante han enfrentado problemas de salud, la modificación de las normas que no permiten el desarrollo de la actividad o crean gastos que no estaban planificados, una pérdida de contratos o facturas no pagadas, errores de producción o una competencia muy fuerte en el sector de actividad, que lleva a la pérdida de mercados, entre otras. Existen muchas explicaciones y, a veces, ellas no tienen nada que ver con la mala gestión o el fraude por parte de los directivos de aquella.

En todos estos casos, la legislación debe prever procedimientos para resolver las dificultades que se presenten, los que han de permitir restablecer la situación financiera de la empresa, enfrentar sus obligaciones y seguir su proyecto; sin embargo, en ocasiones, restablecer la situación se convierte en algo imposible y se debe organizar el fin de la entidad.

Varios elementos intervienen en esa decisión, la cual afectará, no solamente al empresario, sino a los trabajadores, el municipio o la

región donde se ubica el actor económico, y la salud de otras empresas que trabajan bajo forma de encadenamiento con aquella que padece las dificultades.

Todos estos elementos hacen que se trate de un problema grave que exige normas jurídicas precisas, apoyadas sobre decisiones judiciales que corresponden a la garantía del Estado de Derecho, pero, también, sobre profesionales que aporten conocimientos de la situación de la empresa en dificultades y que participen en su gestión, para intentar salvarla o para liquidarla, en este caso, siempre bajo el control del juez, para evitar que se realicen acciones en contra de los intereses de las partes, los trabajadores, acreedores y el Estado o la región. No se puede dejar este tema, únicamente, en las manos del empresario, los economistas o financieros. La presencia del tribunal es indispensable para garantizar la legalidad y la eficiencia justa de la solución.

Estas situaciones serán diferentes según la filosofía económica y social desarrollada donde surjan las normas jurídicas. Cuando la situación aparece en un país cuya economía es liberal o ultroliberal, la solución no será la misma que si ella emerge en una nación en la que los aspectos sociales son priorizados; en el primer caso, solo se analiza la noción de empresa y el cierre de esta forma parte del modo liberal de gestión, sin mirar las consecuencias sociales, es decir, tal noción vale tanto para crearla como para cerrarla; en el segundo supuesto, en cambio, se buscarán opciones para salvar el empleo y satisfacer a los acreedores, antes del cierre, ello siempre que no haya otra solución coherente; la noción de empresa no será analizada sin tomar en cuenta la situación global porque, una vez creada, esta tiene un papel para sus accionistas y dueños, pero también, en el nivel social y general, lo que exige un análisis diferente y procedimientos con más controles de la autoridad central.

Por eso, no existen soluciones únicas, sino opciones. En el marco del proyecto OHADAC es de interés conocer estas, tratar de realizar un proyecto de normas comunes o en las cuales existan denominadores coincidentes que acerquen las soluciones de uno a otro o permitan conocer, con antelación, cómo se resolverá la situación financiera difícil de una empresa con la cual se ha realizado una relación económica, para poder organizar el contrato comercial de forma más segura.

A una empresa que sea incapaz de pagar sus obligaciones o su pasivo, se le debe permitir que intente restablecerse, lo más rápidamente posible, antes de dirigirla a la liquidación por insolvencia. Estos aspectos son importantes cuando se analiza la forma; habrá que valorar si la empresa está dirigida y los métodos de gestión utilizados. A veces, pueden aparecer faltas; por ello, siempre hay que darse cuenta de si esa falta de gestión es voluntaria, delictiva o si solo ha sido provocada por el contexto general.

Se aporta hoy el ejemplo de Francia, cuya legislación oscila, tradicionalmente, entre dos ideas, proteger el empleo y tratar de salvar la empresa, pagando a los acreedores u organizando estos pagos; sin embargo, se analiza que, en caso de que salvar la empresa se convierta en una acción imposible, es mejor dirigirla a su liquidación, lo más rápidamente que se pueda, sin perder tiempo, para que los trabajadores sean fijados en relación con sus contratos de trabajo y que las deudas no se amplíen hasta convertirse en abismales. Estas normas se encuentran detalladas en el Código de comercio, en la sección que presenta los procedimientos colectivos, que corresponden a las fases de intentos para resolver la situación, antes de iniciar otras más estrictas, de control de gestión para el actor económico, para acabar en la fase de liquidación de la empresa, si fuera imposible salvarla.

Antes de descubrir los procedimientos utilizados por la ley francesa, parece interesante describir los principios que se aplican a ellos, no sin antes aclarar que tales procedimientos son llamados *colectivos*, porque hacen intervenir a varios actores.

II. LOS PRINCIPIOS QUE GUÍAN LA LEGISLACIÓN FRANCESA

Se trata de una legislación muy precisa que se aplica cuando el empresario empieza a conocer de problemas económicos; sin embargo, no comprende a todos los actores económicos y abarca algunos principios y criterios importantes en la gestión de la situación.

— *Los actores económicos que se benefician de la legislación*

En este sentido, la ley francesa se aplica, de manera amplia, a los actores económicos, con excepción de los franceses de naturaleza estatal.

Se considera, efectivamente, que, cuando se trata de un organismo estatal o de esa naturaleza, o de una empresa cuyo accionista es el Estado o una entidad pública, se le debe aplicar otra norma, aunque sea una sociedad de tipo comercial, por varias razones. En Francia, existen pocas empresas de tal tipo, pero todavía hay sectores en los cuales el Estado interviene, de forma mayorista o minorista, en el capital de la entidad, en especial en sectores considerados como de prioridad para el país: energía, ciertos transportes u otros.

El objetivo es que este actor pague sus deudas o salga de la situación financiera complicada en la cual se encuentra; para eso, la norma francesa permite utilizar otras vías, que corresponden a la inscripción de la deuda en un presupuesto de naturaleza estatal. El Estado o la entidad descentralizada que interviene por medio de sus representantes pondrá el pago de las deudas en el presupuesto del actor endeudado, de manera obligatoria, para ponerlo al día.

En caso de que se trate de resolver una deuda con la reorganización de esta empresa, que puede corresponder a sectores de prioridad para el país, se pueden crear acciones o participaciones sociales que permitan a un inversionista entrar en el capital de aquella, sin detentar derechos completos, sino solamente el de participar en la distribución de los beneficios (lo que busca el inversionista) y en la toma de ciertas decisiones de gestión, sin poder ceder, libremente, sus acciones, cuando exista desacuerdo del Estado o fuera de los accionistas societarios, para proteger a la parte pública de la empresa y los intereses generales. Existe una legislación protectora de los intereses públicos, para evitar —por su sector de prioridad— que el capital social se escape hacia accionistas no deseados y que permite conservarlo dentro del patrimonio público, sin mantener la situación de insolvencia por mucho tiempo y aplicando decisiones a corto plazo. En ningún momento, se aplicará a estos actores la legislación general de las empresas en dificultades financieras. La práctica, tradicionalmente, ha sido la de aplicar normas especiales que permiten excluir a los actores estatales o en los que el ente público tiene inversión o intereses.

De tal manera que la legislación para las empresas en dificultad se dirige, únicamente, al sector privado, como lo son todas las personas naturales o jurídicas que realizan actividades comerciales o artesanales (comerciantes, microempresa, empresario individual, que

obedece en Francia a un estatuto aliviado de muchas obligaciones, las sociedades de cualquier estatuto o forma jurídica, y las civiles, de todos los sectores de actividad). Se incluyen, también, los profesionales liberales como arquitectos, abogados, notarios y otros, los agricultores que actúan bajo cualquier forma de sociedad o de agrupamiento, y todas las asociaciones.

Solo están excluidos de esta legislación los actores públicos, por el accionista que representan o los sectores de actividades prioritarias que ejercen. Esta exclusión es tradicional en el Derecho francés. Por ejemplo, un contrato comercial entre actores de naturaleza estatal no obedece al Derecho común, sino a lo pactado y las normas especiales que, en caso de litigio, dan competencia al tribunal administrativo y no al tribunal judicial. De la misma manera, en materia del vínculo laboral de los trabajadores del sector público, existe exclusión del Derecho laboral común y de las jurisdicciones laborales.

La norma es que cualquier actor económico está sometido a esta legislación. Según su cualidad, el juzgamiento del asunto corresponderá a un tribunal diferente: Cuando se trate de una sociedad o un comerciante individual, el caso lo atenderá el tribunal de comercio y, si este no existiera en la zona, actuará el judicial. La diferencia entre estos órganos es su composición. En el primero, heredero de la tradición francesa, los jueces que intervienen son elegidos por sus pares, son comerciantes o empresarios. En el segundo, interviene la sala mercantil, integrada por jueces profesionales de carrera, de acuerdo con el mapa de la jurisdicción francesa (por departamento).

Si se trata de las dificultades económicas de un actor económico que no es comerciante, por ejemplo, un profesional, arquitecto, notario, abogado, una sociedad civil, asociación, un agricultor, etc. es, directamente, el tribunal judicial el que tiene competencia.

— Criterios que organizan la legislación de las empresas con dificultades financieras

Con esta legislación se busca resolver la situación financiera de la empresa que no puede pagar sus deudas. De manera muy amplia, se incluye todo origen de las deudas, sean con garantía o sin ella: atrasos de pago de facturas, salarios, gastos tributarios o sociales; retrasos bancarios. La garantía de la deuda permite establecer el orden de pago de

los acreedores, pero no es criterio para su aceptación ni para entrar en la lista de los pagos a realizar.

La ley francesa establece varias etapas; unas aparecen como preventivas, sin convertirse en obligatorias para todos los terceros; otras se oponen a todos los acreedores y, más allá de estos, a todos los actores que se acercan a la empresa en dificultad.

En todas las etapas de estos procedimientos, la presencia del órgano judicial es obligatoria, ya sea el tribunal en su composición colegiada, como el juez encargado de tareas de dirección o de control sobre dicha empresa con insolvencia. El juez es el actor principal de estos procedimientos y es el que, con su función de impartir justicia, decide la etapa que será seguida.

Tratándose de procedimientos que tienen como objetivo la satisfacción de las deudas, es relevante identificar estas y darles una fecha; es lo que se llama el *cese de los pagos*, que es muy importante para el procedimiento porque se trata de congelar, a partir del momento en que se disponga, la situación de la empresa y, en caso de imposibilidad, el juez orientará la liquidación del actor económico para evitar que las deudas crezcan y que más acreedores dejen de cobrar lo que les debe la empresa.

Si, durante muchos años, el objetivo era salvar la empresa utilizando plazos muy largos, la experiencia y la situación económica, en general, muestran que es más útil organizar la liquidación a corto plazo, para proteger los derechos de los trabajadores como prioridad. Anualmente, más o menos 50 000 procedimientos colectivos son abiertos por los tribunales franceses.

Jurídicamente, esta noción de cese de pago caracteriza a una empresa que padece dificultades y se encuentra en la imposibilidad de enfrentar su pasivo exigible con sus activos disponibles:

- El pasivo exigible representa todas las deudas no pagadas: las facturas de los proveedores, los alquileres de locales profesionales, los impuestos no pagados, los gastos sociales profesionales, los salarios, la deuda bancaria, entre otras deudas.
- Los activos disponibles representan todos los activos que se pueden dar de inmediato: los saldos bancarios, la tesorería de la empresa, las

modalidades de pago disponibles; no se incluyen los inventarios de mercancías, los materiales y las máquinas.

Entre los criterios que estudia el tribunal está la situación del empleo de los trabajadores, más allá del impacto de las dificultades de la empresa; este análisis se realiza según los criterios sociales que imperan en cada país. En Francia, tratar de salvar los empleos constituye un objetivo, como lo es pagar las deudas. En otros países, donde la noción liberal es superior a la protección de los trabajadores, solo se analiza el fin de aquella, sin acumular más deudas, con el objetivo de que el empresario pueda seguir con otro negocio, salvo cuando existan delitos cometidos en su gestión; se busca ir lo más rápidamente posible a la desaparición de la organización en dificultad, para que aquel pueda continuar con sus actividades, como si fuera una de las técnicas de gestión admitidas. La liquidación de la empresa o su puesta en quiebra, para utilizar un término general, corresponde a la noción liberal, en la cual la entidad nace y muere libremente. Según estas filosofías y opciones, se elige la vía procesal a utilizar.

En Francia, la ley obedece a un término medio, salvar los empleos en la medida de la posibilidad, pagar las deudas, sin aumentarlas, pero siempre después de un período de observación. El juez tiene libertad de intervenciones, aunque, como las situaciones son cada día más complejas, muchas veces, solo la liquidación permite parar la hemorragia.

Otro principio muy importante es el de procurar la solución de los problemas financieros del actor económico lo más temprano posible; por eso, se planifican procedimientos preventivos que están organizados bajo el control y orden del juez, pero que son obligatorios para las partes que participan, sin imponerse para los terceros, a diferencia de los procedimientos colectivos propios que rigen para todos, sea a los que hayan iniciado esta etapa, como a los que no; el procedimiento impera en cuanto a todos y solo el juez puede decidir si existe la posibilidad de encontrar solución por esta vía o si se necesita ir hasta la liquidación de la empresa.

Para dar soluciones a estos temas, intervienen varios actores. El tribunal constituye el actor principal; no solamente debe velar por la aplicación de la ley, sino impulsarla, dedicarse, con sus decisiones y sentencias, a la protección de los que intervienen; es la aplicación,

con su presencia, del Estado de Derecho. El empresario tiene un papel importante. Según el estado del procedimiento, impulsa u obedece en cada etapa.

Junto al tribunal, deben intervenir profesionales del Derecho y gestión financiera, económica y empresarial, que realizarán los análisis que utilizará el juez para impartir la justicia. Tales profesionales deben apoyar la gestión de la empresa, pero, también, representar los intereses de los acreedores.

El juez trabaja con estos expertos en las empresas; la actividad de estos es la de agrupar las informaciones, preparar los análisis y participar, bajo el control directo de aquel, en la propuesta de las medidas necesarias, tanto de gestión como de liquidación, hasta realizarlas concretamente, como una venta de activos, mercancías, máquinas, de la empresa en su globalidad y según su importancia. Efectivamente, las dificultades financieras pueden presentarse tanto en entidades pequeñas, de algunos trabajadores o individuales, como en las de nivel internacional, con miles de empleados. Estos profesionales en Francia corresponden a especialistas que son mandatarios judiciales, administradores judiciales o liquidadores, y a un cuerpo de profesionales con estatuto profesional establecido por la ley.

III. LOS PROCEDIMIENTOS PARA RESTABLECER LAS EMPRESAS CON DIFICULTADES FINANCIERAS

Dos vías se presentan: una, preventiva y voluntaria, y otra, colectiva, las que se repartirán entre tratar de salvar la empresa o, de ser esto imposible, liquidarla.

— *Las vías preventivas para resolver las dificultades financieras de las empresas*

Estas vías son dos, cercana una a otra. Nacen de la iniciativa del empresario con dificultades; sin embargo, exigen la decisión del tribunal.

El empresario que tiene dificultades financieras, cuya empresa, todavía, no está en cese de los pagos, puede solicitar al tribunal un régimen preventivo que se corresponda con la designación de un mandatario *ad hoc*, encargado de proponer una solución entre la empresa y sus acreedores. La otra vía es la conciliación, abierta por el tribunal.

En estos dos casos, aquel se dirige al tribunal para presentar su situación y solicitar una de las dos vías. Ello no es obligatorio, es solo voluntario.

El mandatario *ad hoc*, es propuesto por el empresario. En la conciliación, este solicita la apertura de tal procedimiento y el tribunal accede, lo que no puede superar los cinco meses. Esta etapa es previa a la de restablecimiento judicial, que es una fase más adelantada en la solución a las dificultades de la empresa. Si la designación de un mandatario *ad hoc* no está cerrada en un tiempo determinado, la ley no plantea plazo para lograr un resultado. En la conciliación sí lo está: no debe sobrepasar los cinco meses. La fase de conciliación, también, puede servir para preparar una potencial cesión de la empresa, antes de que su situación se torne más compleja.

Los procedimientos preventivos no se imponen a los terceros, sino solo a los que participan. En caso de que otros acreedores estén fuera de ellos, podrán forzar el inicio de los procedimientos más apremiados, como lo son el restablecimiento de la empresa o su liquidación. De encontrarse una solución, el tribunal le da fuerza, pero únicamente entre las partes que han participado.

En caso de que dichas etapas se inicien muy temprano, hay posibilidad de resolver la situación financiera de la empresa. Si esta fase interviene tarde, el tribunal redacta una decisión en la que explica que ningún acuerdo es posible e invita a las partes para que utilicen otra vía que corresponda a los procedimientos colectivos. Estas otras vías son las que más se utilizan en la actualidad.

— *Las vías de procedimientos colectivos de las empresas en dificultades*

Sabiendo que las fases preventivas no son obligatorias, es importante que el tribunal conozca, exactamente, la situación de la empresa en dificultad; por otra parte, al tratarse de acciones que pueden ser delicadas, organizadas por el empresario durante la gestión de la actividad, siempre el fiscal participará en estas etapas. También se requiere la intervención de expertos y profesionales que, bajo el control del juez o del tribunal, participen, directamente, en la gestión de la empresa, para tratar de salvarla o tomar partido en su liquidación.

Tres etapas aparecen: un período de salvaguardia, un procedimiento de restablecimiento de la empresa y, en caso de imposibilidad, la etapa de liquidación.

- Período de salvaguardia

Esta etapa es estrictamente judicial y se impone a todos; todavía el cese de pago de la empresa no ha sido pronunciado. Se abre a solicitud del empresario, quien se dirige al tribunal para ponerse bajo su protección; a ese fin, indica que tiene problemas financieros que lo podrían llevar a un cese de pago y solicita ayuda para salvar la entidad, antes de llegar a la insolvencia.

Esta fase debe permitir al tribunal establecer un plan de salvaguardia de la empresa en dificultad, el que puede extenderse por 10 años.

Antes de pronunciarse, el tribunal decide abrir un espacio de observación que le permita conocer la situación financiera exacta de aquella. Este período no supera los 12 meses, cuando se trata de la salvaguardia; durante este tiempo, el tribunal designa a un juez comisionado —especializado—, cuyo papel es dedicarse a la empresa, ayudado por profesionales mandatarios que van a aportarle todas las informaciones, con respecto a todos los sectores de la empresa (financiero, Derecho de trabajo, Derecho bancario), que le permitirán tomar la decisión, saber quiénes son los acreedores, cuál es el monto exacto de las deudas, si se trata de acreedores normales o con privilegios, si existen contratos, etc. Todo eso permite al juez decidir la salvaguardia de la empresa o pasar a una fase más avanzada, de no existir la posibilidad de preservarla. En el caso de salvaguardia de la empresa, el tribunal redacta un plan, en el cual detalla las etapas que se deben seguir.

Los intercambios se hacen con el empresario, con el fiscal, que puede intervenir para criticar la gestión del empresario, los acreedores de la empresa y el mandatario designado, por medio de los informes que este solicita para conocer la situación de manera concreta.

Una vez pronunciado el plan de salvaguardia, este se impone a todos y el juez regularmente se reúne con las partes, para asegurarse de su cumplimiento. Sin embargo, esta fase no se aplicará a los acreedores que no estén incluidos en el plan, que pueden haberse

quedado fuera o corresponder a nuevos acreedores, cuyos derechos han nacido después de la firma del documento.

Esta fase se consideraba muy importante porque permitía a muchas empresas retomar un camino de normalidad; en la actualidad, el empresario interviene demasiado tarde y no permite que ella dé resultados.

Durante el período de salvaguardia, el empresario mantiene su papel de jefe de la empresa y adopta las decisiones, aunque un mandatario de justicia (profesional especializado) lo aconseje y apoye.

En caso de que se necesite pasar a otra etapa, porque el plan de salvaguardia no dé resultados, a decisión del tribunal y a solicitud del juez comisionado, se abre otro procedimiento que corresponde a un saneamiento judicial, después de que el cese de pagos haya sido dispuesto.

La etapa de salvaguardia no es obligatoria y el empresario puede, directamente, pedir la etapa de enderezamiento o saneamiento judicial, la que, también, puede ser dispuesta por el tribunal, cuando se dé cuenta de que los planes para salvar a la empresa o la conciliación no son efectivos.

- Etapa de enderezamiento o saneamiento judicial

Esta etapa nace después de que el cese de pago haya sido ordenado por el tribunal, las deudas sean demasiado importantes y el activo líquido de la empresa no le permita enfrentar a sus acreedores. La insolvencia está probada.

El empresario tiene un plazo de 45 días, después del cese del pago, para pedir al tribunal la apertura de esta etapa. Si aquel no lo hace, el fiscal puede considerar que existe una falta de gestión y pedir al tribunal que declare una prohibición de actuación de la empresa. Igualmente, cualquier acreedor podrá solicitar tal declaración y el inicio de la fase de saneamiento.

Luego del cese de pagos, no se puede mantener a la empresa fuera del procedimiento de enderezamiento judicial o de una liquidación, siempre que las deudas hayan sido demasiado significativas durante la etapa anterior o se haya abierto procedimiento preventivo o de salvamento.

Esta fase se pone en marcha, también, a solicitud del juez encargado de seguir la empresa en la etapa de salvamiento o de cualquier acreedor que presente la solicitud al tribunal; se inicia con un plan de observación, ordenado por el juez designado por el tribunal, de no haberse realizado anteriormente, de modo que puedan conocerse todos los acreedores, la situación exacta de la empresa, su posición y los contratos comerciales actuales. Se trata de una fotografía muy precisa que hace el mandatario judicial.

A partir de este momento, ningún acreedor puede actuar solo; todos deben declarar sus facturas o lo que les debe la empresa y, quien no lo haga en un plazo corto, pierde su rango y posición. Esta obligación comprende a todos los acreedores.

Dicha situación se inscribe de inmediato en el registro mercantil para que cada tercero lo sepa y pueda presentarse al mandatario o abstenerse de firmar nuevos contratos, directamente, con el empresario. El que no tome en cuenta esta información, no podrá pedir el pago de sus facturas, ulteriormente, o quejarse.

Los profesionales designados son el administrador judicial que se dedica a la gestión de la empresa y el mandatario que agrupa a los acreedores. El empresario, durante esta primera etapa de observación, queda asistido por el administrador judicial, no puede actuar solo. Los contratos que contribuyen a la vida de la empresa se mantienen, por ejemplo, los de trabajo, los de alquiler de locales indispensables para la vida de la organización, los de suministro; los demás, que no sean indispensables para la existencia y el funcionamiento de la entidad, se suspenden: locales que la empresa no utiliza, carros de lujo y otros. Estas suspensiones son ordenadas por el juez a solicitud del administrador, con el objetivo de empezar a sanear a la empresa quitándole cargas que no la favorecen.

El empresario, de acuerdo con el administrador, puede concertar nuevos contratos, si estos permiten salvar la empresa; en caso de desacuerdo, la decisión compete al juez.

El plan de enderezamiento o de recuperación no puede superar los 10 años y siempre debe contar con la participación de los profesionales que asisten al empresario y aportan las informaciones al juez comisionado, designado para seguir la evolución del plan, el cual puede concebir la reducción de las deudas y los gastos, la orga-

nización de la despedida de trabajadores, la ruptura de contratos, la reducción de los espacios utilizados. Se trata, realmente, de una verdadera gestión de la empresa.

Los gastos judiciales tienen prioridad en estas etapas; se organiza el pago de los acreedores, según su rango y posición; ningún acreedor individual puede iniciar demanda o ejecución en contra de la empresa que se encuentra en tal posición. Hay suspensión total de las demandas y ejecución de los acreedores, cualquiera que sea su posición o rango. Solo se puede intervenir para solicitar la conversión del plan en liquidación, en ausencia de respeto a él, por la aparición de nuevas facturas no pagadas o por motivo de la importancia de la deuda.

El juez decide el plan para salvar la empresa y mantiene esta situación hasta que haya resultados. En caso de que ello sea imposible, el juez, el empresario o cualquier acreedor, puede solicitar del tribunal la liquidación de la sociedad.

La misión del juez designado por el tribunal se mantiene hasta la ejecución del plan o su conversión en liquidación; él intervendrá durante todo el tiempo que dure el plan o la etapa de enderezamiento o recuperación de la empresa, hasta que acabe la misión del último mandatario judicial.

Ciertas decisiones se deben tomar bajo la firma del juez y, especialmente, todo lo que corresponde a validar las diferentes etapas o medidas que se han de tomar durante este plan de enderezamiento.

El juez comisionado, designado para esta tarea, no puede formar parte de la colegiatura del tribunal ni intervenir como parte de la formación de los tres jueces que deciden el asunto. Su papel es muy importante, es quien sigue la evolución de la empresa en dificultades y la vigila; toma las decisiones de la vida de esta, como autorizar acciones realizadas por el administrador o el mandatario. Esta misión es jurisdiccional, es decir, que son decisiones de justicia: aquel está impartiendo justicia, a través de esas decisiones técnicas, que pueden ser apeladas ante el tribunal, en un plazo corto, para no paralizar la empresa. Este recurso es excepcional en el Derecho francés, en el que, generalmente, el recurso de apelación se realiza ante la corte de apelación.

En tal sentido, no se puede olvidar que, en el Derecho francés, el tribunal de comercio está compuesto siempre por jueces comerciantes, elegidos por sus pares, porque se trata de una materia que exige conocimiento técnico, muy práctico y porque se considera que los temas deben ser tratados a corto plazo, y solo de no existir tal órgano, interviene el tribunal judicial con su composición habitual. En caso de que exista desacuerdo con la decisión, el recurso se realiza ante la corte de apelación.

El juez encargado verifica las demandas de los acreedores, la realidad de las facturas, de las deudas, la fecha de nacimiento de estas... y, así, establece el pasivo de la empresa con insolvencia. En caso de protestas relacionadas con la propiedad de los bienes, es él quien decide sobre la propiedad y los derechos de cada uno sobre los bienes, a la vez que establece el orden de los acreedores, según la distinción entre los privilegiados y los que carecen de privilegios, los que se apoyan sobre una garantía y los que no la tienen. En caso de desacuerdo sobre ese orden, él toma la decisión, siempre con un recurso de apelación posible.

Para lograr el saneamiento de la empresa, se pueden tomar decisiones muy fuertes, como despedir a una parte de los trabajadores o ceder determinadas actividades. En Francia, estos planes son muy vigilados por los trabajadores, los sindicatos, las autoridades locales, regionales o nacionales, según la importancia de la entidad, pero siempre la decisión es judicial y se impone a todos, aunque haya huelgas, reacciones fuertes, pues se trata de la aplicación del Estado de Derecho, con decisiones que se imponen a todos y con las consecuencias que puede representar su cumplimiento. La imparcialidad es exigible a este tribunal, como a cualquier otro; se trata de una rama importante del sistema judicial francés, a la cual se aplican las vías de recursos, como otra decisión de justicia.

En caso de que el saneamiento de la empresa no sea posible, el tribunal procederá a la liquidación de esta.

- La liquidación de la sociedad

Esta etapa se abre a solicitud del juez comisionado, encargado de tratar la recuperación de la empresa. En caso de que ella no se pueda lograr, el juez pide al tribunal la conversión de la etapa en la de liquidación. La solicitud puede proceder del empresario, pero también de un

acreedor. El fiscal también tiene tal facultad, bien porque el salvamiento es imposible o bien porque quiere hacer constar en actas la gestión fraudulenta del empresario. Esta fase no prohíbe al fiscal abrir investigaciones penales contra las partes, bajo el concepto de los delitos que indica.

En la actualidad francesa, existen muchos casos de empresas o grupos empresariales que conocen situaciones de insolvencia. Durante los planes de salvamiento o de saneamiento, aparecen actas de gestión que llaman la atención, no solamente del juez y el tribunal, sino también del fiscal, que en este caso abre las investigaciones penales, al margen del procedimiento comercial. Esto ocurre, por ejemplo, cuando hay préstamos entre empresas de un mismo grupo o movimientos de fondos entre grupos de empresas que pertenecen a idéntico dueño, que traducen operaciones sospechosas que pueden explicar la situación financiera de la organización. Un famoso consorcio francés, propietario de varias tiendas y empresas del sector de la ropa, la hotelería y el terreno inmobiliario está en saneamiento judicial, pero, al mismo tiempo, el fiscal anticorrupción ha abierto casos porque, durante el plan de observación, han aparecido transacciones que permitían subir ganancias hasta una sociedad tipo *holding* que recuperaba los beneficios y las utilidades, y dejaba a las demás del grupo cerca de la quiebra. Antes de pronunciar la liquidación, se congela la situación para analizar penalmente estos movimientos.

Un acreedor puede, también, solicitar la conversión del saneamiento judicial que no da los resultados esperados en liquidación; la demanda se presenta ante el tribunal por la vía clásica y con la representación de abogados que tratan de mostrar que la situación de la empresa es demasiado compleja para que mejore.

Cuando se declara la liquidación de una sociedad u otro actor económico, el administrador cesa su misión y se nombra a un liquidador, que actúa de conjunto con el mandatario judicial que representa a los acreedores. El juez ordena las operaciones de liquidación, que consisten en ceder los activos al precio más alto posible, para poder pagarles.

En la práctica, se debe reconocer que muchas empresas con dificultades no solucionan los problemas con el enderezamiento y se dirigen a la liquidación.

Una vez dispuesta la etapa de liquidación, la actividad de la empresa debe detenerse, todas las demandas individuales están prohibidas y los intereses de retraso se congelan.

Se nombra un liquidador, que tiene la misión de verificar, exactamente, el estado de las deudas en un breve plazo; por eso, las etapas anteriores son de gran interés porque acortan este análisis. En un tiempo corto, se debe despedir a todos los trabajadores. El tribunal designa a un juez comisionado para seguir esta etapa y a él le compete velar por la protección de las diferentes partes.

La liquidación finaliza con el cierre de la empresa o su cesión a un tercero. La cesión o la venta de los elementos permite cubrir la deuda. El juez propone al tribunal una repartición que será validada por este.

Generalmente, la liquidación se realiza por dos vías: por un lado, la cesión de los activos, y por el otro, la de la empresa, siempre bajo el control del juez. Las condiciones de ese acto jurídico son aprobadas por el tribunal, el que puede permitir que, bajo otro nombre, con otros dirigentes y muy pocos trabajadores, se empiece una actividad económica nueva, siempre con una sociedad también renovada, pues la anterior ha desaparecido y su inscripción en el registro mercantil ha sido cancelada.

La cesión de los activos se realiza por la vía de la subasta, en las condiciones precisadas por el juez comisionado; a veces, se acepta la cesión amigable, en caso de que el juez lo decida y el precio obtenido se considere superior al que se podría esperar con la subasta. La cesión de la empresa y el plan trazado a ese efecto son aceptados por el juez, según el resultado obtenido frente a los acreedores.

El estatuto personal del empresario está vinculado a la liquidación, pues él puede haber dado garantías a sus acreedores y estas se pondrán en juego para cubrir la deuda.

El orden de pago fijado o verificado por el juez corresponde, primero, a los gastos de la justicia, los salarios, las deudas estatales (tributarias y sociales), los acreedores privilegiados y los que no lo sean,

los que cuenten con garantías y los que no. En la nación gala, se considera que, cuando una empresa está liquidada, infelizmente, los acreedores reciben poco dinero y la cesión o las ventas no cubren el pasivo de la empresa.

Una vez realizada la liquidación, si las deudas no pudieron ser cubiertas, el tribunal pronuncia la clausura de aquella por activos insuficientes, lo que pone punto final al procedimiento.

IV. CONCLUSIONES

Según la filosofía económica, política y social del país en que se organicen las etapas comentadas, se buscará la expresión de la empresa libre, que nace y muere sin restricciones y sin analizar las consecuencias sociales o económicas de la quiebra o, por el contrario, se considerará como una responsabilidad el proponer opciones que permitan mantener un tejido económico y social protegido, lo que explica la intervención del Estado de Derecho por medio del tribunal.

El sistema francés actúa en los dos sentidos: tratando de mantener la protección de los acreedores y, especialmente, de los trabajadores, pero sin renunciar a la noción de empresa, que se debe hacer desaparecer en caso de insolvencia total. Esta vía no se presenta como la solución económica que corresponde a la noción liberal, pues el interés general es tomado en cuenta.

El sistema galo valora la condición de la aparición de las dificultades; por eso, siempre está presente el fiscal, para sancionar a los que hayan realizado una gestión fraudulenta o arriesgada, con acciones que se podrían calificar de delictivas.

REFLEXIÓN Y SOCIALIZACIÓN

**ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN,
ORIGINALES E INÉDITOS, Y OTROS TIPOS
DE COLABORACIONES CIENTÍFICAS**

CONSTITUCIÓN DE 2019: EFICACIA DE DERECHOS Y GARANTÍAS

CONSTITUTION OF 2019: EFFECTIVENESS OF RIGHTS AND GUARANTEES

■ **DRA. MARTHA PRIETO VALDÉS**

Profesora titular y emérita, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana;
Académica de mérito, Academia de Ciencias de Cuba, Cuba

<https://orcid.org/0000-0001-8696-7624>

mprieto@lex.uh.cu, martha.prietovaldes@gmail.com

Resumen

La Constitución de 2019 ha supuesto un salto significativo en materia de derechos y garantías respecto al texto previo. Preserva esencias, cuestiones ya conquistadas —algunas de las cuales requieren corrección— y, también, otras novedosas para la dinámica jurídica nacional. No solo es un programa político, sino que establece reglas y pautas jurídicas que condicionan nuevas regulaciones, políticas y decisiones de órganos estatales, organizaciones políticas y sociales, y la ciudadanía, en general. Por consiguiente, se requiere valorar y perfeccionar el rumbo, para asegurar lo que se quiere, y propiciar la instrumentación de cambios en el camino a su efectiva realización. Para el logro de esta pretensión, la intervención del Sistema de Tribunales de Justicia es esencial, y más hoy con las reglas garantistas superiores. Entonces, se han de reajustar reglas inferiores y modificar concepciones y actuaciones; son retos que se deben afrontar para lograr que la Constitución prime sobre lo político, lo social y lo jurídico ordinario; y sea eficaz garante del diseño-país y para todos los derechos.

Palabras clave: Constitución; garantías; derechos; retos.

Abstract

The 2019 Constitution has represented a significant leap in terms of rights and guarantees compared to the previous text. It preserves essences, issues already conquered —some of which require correction— and, also, others that are new for the national legal dynamics. It is not only a political program, but it establishes legal rules and guidelines that condition new regulations, policies and decisions of state bodies, political and social organizations, and citizens, in general. Consequently, it is necessary to evaluate and perfect the way, the measures, in order to ensure what is wanted and promote its implementation in pursuit of its effective realization. To achieve this goal, the intervention of the Justice System is essential, and even more so today with the superior guarantee rules. Therefore, some lower rules must be readjusted, conceptions and actions modified; these are challenges that must be faced to ensure that the Constitution takes precedence over the political, social and ordinary legal aspects; and be an effective guarantor of the country's design and for all rights.

Keywords: Constitution; guarantee; rights; challenges.

Sumario

I. Introducción; II. A medio andar entre lo pretendido y lo conquistado; III. Conclusiones; IV. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Se parte de la idea de que las constituciones se han ido transformando de normas programáticas, y, en algunos casos, programas políticos —a la espera de leyes de desarrollo—, en disposiciones con valor normativo, con fuerza jurídica, exigibles en todo momento, en todos los actos y procesos, por todos; y la cubana de 2019 se está insertando en esa dinámica.

Para entender ese tránsito, se deben apreciar los cambios que se identifican entre los textos originarios y los aprobados después de los años cuarenta del pasado siglo en Europa, o incluso en Cuba —desde Guáimaro hasta 1940. En el ámbito doctrinal, son signifi-

cativas las valoraciones de Schmitt y Kelsen, de los neoconstitucionalistas y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, de fines del siglo pasado e inicios del presente. En suelo patrio, a partir de los años noventa, la autora de este trabajo ha insistido en el valor normativo de la Constitución, su fuerza jurídica superior, así como su posibilidad y necesidad de exigibilidad en todo momento, en todos los actos y procesos (Prieto, 2000, pp. 11-16; 2008, pp. 193-205).

En ocasiones, en el decir popular, se culpa a los textos superiores de no instrumentarse, pero ellos no son los que actúan, no se autoaplican y tampoco son responsables, si no tienen eficacia jurídica y social. Las causas de la no realización son diversas. Una de ellas puede ser que la letra constitucional consagró lo que existía, en correspondencia con la realidad social y así haya sido durante un breve tiempo, pero, luego, quedó sobrepasada por las nuevas realidades sociales y decisiones adoptadas desde el poder; en tal caso, la disyuntiva radica en que, o la norma suprema se cambia o se vulnera, y se afecta, con ello, la estabilidad constitucional. Otra de las razones podría recaer en que el texto haya incluido, además de lo que se tenía, las aspiraciones de lo que se quería lograr; entonces, se hace más amplio, con la finalidad de potenciar el cambio, conforme con las nuevas dinámicas sociales, intereses y condiciones imperantes; pero ello requiere de visiones diferentes, múltiples acciones y regulaciones para asegurar la instrumentación de la Constitución, a fin de prevenir que esta se deslegitime. En consecuencia, se impone valorar lo previsto e identificar las necesidades para lograr que lo consagrado jurídicamente sea real y se han de ordenar —más que estimular— las acciones en función de ello; más aún si el ejercicio y disfrute de los derechos es el centro de análisis.

En ese necesario cambio y tarea participan —y deben hacerlo— varios sujetos: la ciudadanía, otros entes colectivos e individuales; entran, también, el creador de las leyes, como órgano de representación popular y superior del poder estatal, y los órganos de base; el jefe de Estado y los titulares locales, el órgano de Gobierno y los demás entes administrativos, los órganos de justicia y de control, así como las organizaciones políticas, sociales y de masas —entes de apoyo y representación en múltiples acciones—, igualmente sujetas a la Constitución. Por tanto, los que se plantean son retos para los diversos actores en todos los ámbitos, sin desconocer lo que los in-

vestigadores pueden contribuir con sus valoraciones y propuestas. El propósito es lograr la eficacia constitucional en todas las esferas y la realización objetiva de los derechos previstos en ella, para lo cual se han consagrado las garantías.

II. A MEDIO ANDAR ENTRE LO PRETENDIDO Y LO CONQUISTADO

Cualquier valoración de lo constitucional y su eficacia ha de hacerse apegada a los elementos que los condicionaron históricamente o de las posturas políticas que pautaron su realización. Por ello, para identificar las necesidades presentes, que demanda la garantía de los derechos constitucionalizados y de todos, en general, se debe tener en cuenta lo que se tuvo, ya que la instrumentación jurídica no se produce de un día para otro, en especial, ante la pervivencia de normativas previas que se adoptaron bajo otras reglas o de prácticas que encasquillan el pensar y el decidir.

El más cercano antecedente y base del nuevo texto fue una Constitución que reconfiguró lo político —más que lo jurídico—, para su desarrollo en el nuevo escenario del país, sobre una concepción ampliamente participativa. Consagró los derechos socioeconómicos y culturales que habían sido antes desconocidos y reguló las garantías materiales para su disfrute, así como un aparato de poder con visión unitaria y concentradora, a partir de lo cual se fue produciendo un empoderamiento de la administración para poder asegurar las transformaciones reclamadas y requeridas.

En consecuencia, la Constitución de 1976 [GOR-EE, (2), pp. 3-18] fue derivando en una ley de carácter puramente político, más bien un programa, con una profusión de normativas infralegales responsables de la instrumentación de las políticas previstas. En lo jurídico, primó el principio de legalidad, bajo una concepción amplia y englobadora (Fernández Bulté, 2005, p. 195), con lo cual los órganos estatales, en sentido general, y el aparato de justicia, en lo particular, se concretaron a la observancia de las disposiciones generales diversas, y así cedieron la ley y las normativas constitucionales.

Si bien la Constitución de 2019 [GOR-E, (5), pp. 69-116] se asienta en las esencias que caracterizaron a la anterior y en la definición de

Estado socialista, hay nuevos principios y valores rectores de ese texto, el Estado y los ahora reconocidos *derechos humanos*; cambios en la estructura de poder, en el diseño económico, así como la inclusión de una amplia gama de derechos y garantías. Lo consagrado ha de transformarse en hecho para asegurar derechos y logros, para preservar consenso y legitimidad jurídico-política de la letra y el quehacer cotidianos.

Esa instrumentación no se logra con immediatez, se presentan avances y retrocesos, se requiere de nuevas medidas o el reacomodo de otras, y de concepciones para hacer frente a los retos que se puedan presentar. Con la pretensión de contribuir a la eficacia constitucional, se abordan, a juicio de quien suscribe, varias situaciones o temas importantes a valorar o asumir con carácter de acciones prioritarias. Las dificultades o problemáticas no son solo de ley, sino también de concreción, conforme a lo previsto, al identificarse situaciones que inciden, directamente, en los derechos y las garantías, al igual que en la relación entre el texto superior y la democracia, pues no se puede obviar que la norma suprema es resultado, también, de la voluntad popular mayoritaria.

Uno de los primeros temas es el valor normativo de la Constitución. En el plano doctrinal, quien suscribe ha insistido sobre esta necesidad (Prieto, 2000, pp. 11-16; 2008, pp. 193-205), la que se reitera, pues no se aprecia que se haya asumido, de manera general, el enfoque requerido. Es algo contradictorio en la práctica, ya que, aunque el texto de 1976 estableció la competencia de los órganos superiores para revocar, derogar o suspender las normativas inferiores que contradijeran a las superiores —artículos 73 ch), 88 ñ) y o), y 96 n) y ñ) [GOR-EE, (2), pp. 11, 13 y 14]—, se adoptaron disposiciones que reformularon la letra constitucional o presentaron otro enfoque y no se publicó ninguna decisión al respecto. Pero si se asume la Constitución como norma superior, la verificación de esa situación y, luego, la derogación de la norma inferior era la respuesta.

La actuación más significativa y, a la vez, la evidencia de que la Constitución sí era el instrumento jurídico base y contenido para la toma de decisiones se dio en la esfera judicial. La Sentencia No. 1, de 14 de enero de 1998, del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, se asentó en los principios y límites definidos en el texto de 1976, para

dar respuesta a una solicitud de reconocimiento de hecho de cambio de sexo y sus efectos, sin que hubiera una ley de desarrollo que previera tales situaciones. Esta decisión mostró un patrón resolutivo, en el que se puso de manifiesto que el Derecho es más que ley.

La Constitución y, en particular, la de 2019 [GOR-E, (5), pp. 69-116] no es solo un programa político, sino que tiene valor normativo, es ley jurídica, norma imperativa y superior, obligatoria, debe hacerse cumplir; irradia sobre todo el ordenamiento jurídico, lo transversaliza, y es base y cima para la actuación de todos. La aprobó un órgano del Estado, la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), el único con potestad constituyente (Artículo 103, p. 89), pero la decisión final fue la voluntad popular mayoritaria, y es esta la que decide en los cambios profundos (Artículo 228, p. 115).

Téngase en cuenta que, en el texto actual, se reitera la regla de que los órganos superiores pueden revocar o derogar las normativas inferiores que restrinjan a las superiores, e incluso suspender otras, siempre que den cuenta de ello a los órganos superiores —como ilustran, respecto a las competencias y atribuciones de la ANPP, el Consejo de Estado (CE) y el Consejo de Ministros (CM), los artículos 108 g) y h), 122 h), i) y j); y 137 q), r) y s), por su orden, e incluso, el 179 i) y j), sobre las atribuciones del Gobernador provincial, en cuanto a las decisiones de las autoridades provinciales y municipales (pp. 90, 93, 98 y 106, respectivamente). Por consiguiente, el valor superior está consagrado y hay que asegurarlo; de lo contrario, se afecta la coherencia interna del conjunto de normas y de los comportamientos de los entes públicos, sociales y privados.

Claro es que buena parte de los contenidos constitucionales son principios y valores, y no solo reglas, como tampoco puede este texto regularlo todo, porque sería excesivamente extenso y se desajustaría de la realidad con immediatez. Respecto al de 2019, habría sido prudente que se hubiesen definido los contenidos de diversos derechos o relaciones para comprender hasta dónde es posible su instrumentación, en lugar de las formulaciones generales a las que se acude, acompañadas de las remisiones a la ley, que son muchísimas y han de entenderse referidas a la Ley que emana del legislativo y no a cualquier disposición inferior, en particular, para los contenidos especialmente protegidos, consagrados en el último capítulo

de la Constitución, cuya modificación requiere del voto aprobatorio en referendo popular: entre estos, los derechos, los deberes y las garantías —Artículo 228, *cit. supra*. El reto está en asegurar la correspondencia entre el contenido constitucional y la ley de desarrollo. Se requiere de valoraciones agudas respecto a las nuevas regulaciones, y su consonancia con los principios y valores superiores.

Ahora bien, debe tenerse claro que no hay que esperar a leyes de desarrollo para disfrutar los derechos que la Constitución ha previsto. Si es norma, aplíquese; no con libre creación, sino ajustada al caso y las condiciones. Y si bien, como antes se dijo, no se han delimitado los contenidos esenciales que configuran todos los derechos, sí se han consagrado las pautas interpretativas para su aplicación, los valores, principios y límites generales rectores, consignados en varias partes del texto constitucional, así como otros específicos para determinados derechos (artículos 1, 4, 7, 8, 9, 13, 41, 44 y 45, entre otros).

En otras palabras, los principios y valores consagrados en la Constitución también tienen que ser garantías para los derechos, tanto en la actuación del aparato representativo y ejecutivo administrativo como en el Sistema de Tribunales, ante contradicciones normativas o vacíos legales.

Entre esos principios, en relación con el objeto de análisis, vale mencionar la *supremacía constitucional*, refrendada en el Artículo 7 (p. 72), algo sabido doctrinalmente, pero cuya consagración evidencia el cambio pretendido: que la Constitución esté por encima de las demás regulaciones que imperen y de las decisiones que se adopten, personales e institucionales, en cualquiera de las esferas de actuación. Por tanto, ella no es normativa solo para los órganos estatales, sino para todas las estructuras orgánicas, políticas, sociales, económicas, culturales, para toda la sociedad.

Además de lo antes expuesto, para que ese principio impere, se necesita que se abandone el positivismo legalista y vertical, y que la valoración y toma de decisiones adopten una mirada transversal e integradora de las disposiciones y sus contenidos, anclados en los valores y principios consagrados constitucionalmente, y, luego, en los previstos en los instrumentos internacionales ratificados

por Cuba, jerarquización que deriva de su reconocimiento expreso —Artículo 8, p. 72.

Ha de asumirse la necesidad de que la norma inferior se inaplique, si contradice la superior; y pudiera decirse que las garantías jurisdiccionales consagradas en la Constitución, tales como acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso —artículos 92-95, pp. 86-87— empoderan al Sistema de Tribunales, por cuanto lo manda a propiciar la coordinación y la coherencia en la actuación de todos, respecto a los derechos y la preservación del orden establecido.

Es así que la «Ley de los tribunales de justicia» (LTJ), en su Artículo 13.1 a) [GOR-O, (137), 2021, pp. 3931-3932], además de incluir la supremacía como principio rector de la función judicial, estipuló el deber de estos órganos de abstenerse de observar las normativas que se opongan a la mayor y dejar sin efectos las que sean restrictivas de ella, en todos los procesos que conozcan; en consecuencia, si la previsión se establece de manera general, es aplicable a la defensa de los derechos y, en especial, ante aquellas normas que afectan la mencionada garantía genérica y constitucionalizada.

Otro de los elementos a valorar es la pervivencia de normativas preconstitucionales y, también, posteriores a la ley suprema, que impiden hacer reclamaciones ante los tribunales —en caso de inconformidades con las decisiones de los procedimientos internos—; por tanto, restringen la regulación constitucional de una garantía fundamental. Los textos previos se asentaron en el esquema del necesario fortalecimiento de la administración pública para lograr el desarrollo del país, pero los «post» debieron contrastar con la norma superior. Además, ¿quién mejor para darle solución a un conflicto que un ente imparcial? Se está impidiendo la intervención judicial para desarrollar una función con la cual nacieron estos órganos, la de impartir justicia. Esas restricciones de acceso a la justicia, sea entendido como principio, derecho o presupuesto, luego de 2019, contradicen la constitucionalidad, pues el acceso a la justicia se ha consignado entre las garantías para todas las personas (Artículo 92).

Adiciónese a lo antes significado que el no acceso a la justicia impide que se concrete la tutela judicial efectiva, regulada, también, como garantía. A lo ya dicho, ha de sumarse el desconocimiento de las previsiones de la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI), en particular,

las Reglas mínimas sobre seguridad jurídica (Brasilia, 2008). Si, como país, se ha participado en la aprobación de algunas de las normativas nacidas en ese espacio de concertación, para Iberoamérica, ya hoy —conforme al nuevo texto constitucional—, tales garantías son otro imperativo sobre las disposiciones legales, en especial en materia de derechos. Incluso, vale destacar que, aun cuando no haya mediado un acto de ratificación, si el país participó como *observador*, asumió el compromiso de generar medidas para la recepción de lo acordado en el ordenamiento interno. Muestra de ello son algunas acciones adoptadas por el sistema judicial cubano, entre ellas, la medición de los resultados en la gestión de la justicia y el control de su calidad, que toman como guía el Decálogo para una justicia de calidad (Buenos Aires, 2012), instrumento en el que se significa que «el grado de democracia de una nación, se mide en gran parte por la expansión efectiva de los derechos de las personas y su justiciabilidad» (CJI, 2012, s.p.). En esa línea va y debe seguir la actuación judicial.

En consecuencia, la relación Constitución-Tribunales se expresa como un mandato constitucional; ese vínculo tiene que hacer frente a varios escollos construidos por hábitos y esquemas de pensamientos que han de cambiar para asegurar la supremacía constitucional, sus contenidos y la sociedad que en ella se expresa, que es lo que se quiere.

Así, la seguridad jurídica, sea valor, principio o conjunto de exigencias garantistas, será objetiva y efectiva, si lo previsto constitucionalmente impera. Ella no deberá ser asociada solo con la consignación en ley de hechos, sucesos, situaciones o derechos; tampoco deberá ser limitada a la existencia de la ley previa que los regule, sino a que esa ley —independientemente de haber nacido antes de la Constitución imperante o después de esta— se encuentre desarrollada en correspondencia con la Constitución; y a que las garantías previstas se puedan invocar ante los tribunales en todo momento. Que la decisión de estos órganos sea sólida, argumentada, pública y se ejecute. El resultado, también, tributará a la confianza y legitimidad.

Entra aquí en juego un nuevo principio, consignado entre los rectores de la actuación del aparato estatal en todos los niveles, tipos de órganos y esferas, que igualmente tributa a la garantía de la Constitución y los derechos: la transparencia —Artículo 101 h) [GOR-E,

(5), 2019, p. 88]— aunque esta no debiera haberse limitado solo al Estado. El derecho a saber qué y por qué, respecto a la gestión de los órganos estatales en todos los niveles, a conocer la actuación de aquellas entidades públicas o privadas que emplean fondos públicos, a tener claridad en las causas de medidas político-sociales y sus efectos, a tiempo y con precisión, se entremezclan con ese derecho de acceso a la información, a la rendición de cuenta objetiva e, incluso, inciden en la actuación propositiva en la consecución de beneficio social o de revocatoria de mandato.

Por ende, la transparencia no ha de ser exclusiva para los órganos representativos o el Sistema de Tribunales, sino una exigencia para todos; ello brinda seguridad ciudadana y confianza en los actores políticos. No obstante, al ser solo un enunciado constitucional, no ha quedado definido lo no transparentable ni tampoco las vías administrativas o judiciales para exigir su instrumentación. La ley de desarrollo debe asegurar su observancia de manera congruente con la superior; de lo contrario, se podrían afectar derechos.

No se puede evitar la participación del ente imparcial en ningún espacio en el que se discutan derechos y deberes, y se cuestione o exija responsabilidad, en especial, ante aquellos procedimientos administrativos en que quien sanciona mantiene un vínculo funcional con el que resuelve, como paso necesario para alcanzar la seguridad jurídica, que es principio o valor, pero, a la vez, garantía de toda persona —Artículo 94, pp. 86-87.

Y no solo afecta derechos la limitación de acceso o información; puede que no se regulen situaciones o hechos, porque no se habían producido con anterioridad o no se apreciaba su regulación como importante o necesaria, pero las situaciones cambian y, ante ellas, se debe poder responder. Frente a lo no previsto, expresamente, en la Constitución, sus principios y valores han de instituirse en pautas interpretativas y decisorias. Además, si de derechos se trata, la ley suprema consignó un orden: luego de ella, los tratados y, después, las leyes (Artículo 40, p. 79), sin desconocer que entre las normativas legales e infralegales hay una clara jerarquización jurídico-política, a partir del rango y lugar que ocupa el órgano emisor en el aparato estatal.

Conforme a lo antes dicho, si bien no se consigna de manera detallada el sistema de fuentes normativas, siguiendo las reglas anteriores y lo ya referido sobre la competencia de los órganos superiores de revocar o derogar las normativas adoptadas por los inferiores que contradigan la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, los decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones dictadas por órganos competentes, ese escalonamiento hace que sea fácil exigir la congruencia o correspondencia entre las regulaciones, conforme al rango que les corresponda. Ello sería una expresión de las pautas para el control de la legalidad, del estímulo al control político de constitucionalidad y un paso posible para que el Sistema de Tribunales se implique en el control concreto, que no deroga las normas, pero resuelve con justicia el caso, a la vez que permite desarrollar derechos que no hayan sido desarrollados legalmente o contenidos poco definidos, o impedir la aplicación de normativas limitativas, que no tienen que generar afectación en el disfrute de los derechos.

Otro reto para asegurar la efectividad de lo previsto en la letra mayor, en especial respecto a los derechos, es asumir la diferenciación y relación entre los principios de constitucionalidad y legalidad, y las declaraciones que se hagan en cuanto a la observancia de ellos, o no, en la actuación cotidiana, así como en su control. En tales valoraciones, la imparcialidad es una necesidad para el resultado objetivo en la adopción de esas decisiones. Coinciendo con el Artículo 73 c) de la Constitución de 1976, el precepto 108 c) de la actual (p. 89) mantiene el control de constitucionalidad de tipo político. No se tiene información de que el órgano competente haya adoptado decisiones en materia de inconstitucionalidad.

El hecho es que el mismo órgano interpreta la Constitución y legisla; por tanto, hay coincidencia en el sujeto actuante. Se hace necesaria una mirada crítica de los diputados en esos momentos previos a la aprobación de las disposiciones legales o inferiores, e incluso, con posterioridad a su entrada en vigor, con la exigencia de un apoyo de conocimiento en cuanto a los contenidos a valorar. En la creación de nuevas disposiciones, proponen los órganos estatales, pero validan los representantes populares; y esa correspondencia reafirma la decisión.

Únase a lo antes referido la previsión legal de que los ciudadanos (500) pueden estimular el control de constitucionalidad de disposiciones normativas ante la ANPP, según prevé el Artículo 156.1 h) de la

Ley No. 131, «Ley de organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y el Consejo de Estado de la República de Cuba» [GOR-E, (6), 2020, p. 115]. Si bien esta posibilidad no se concibió como un derecho, es importante que se valore como expresión de participación popular y de una acción colectiva necesaria para la defensa política y jurídica de la Constitución y sus contenidos, como advertencia dirigida hacia su eficacia y también garantía de los derechos.

En la búsqueda de fórmulas más flexibles debe ir el camino, y de reducir la cantidad de personas necesarias para presentar la solicitud, como era en el Reglamento de la ANPP anteriormente, que exigía solamente 25 —Artículo 93 [GOR-O, (23), 1977, p. 228]—, dado que no se tiene vía judicial, ni individual ni colectiva, para estimular el control de constitucionalidad de las disposiciones generales. Aquí también entran en valoración elementos de derechos ciudadanos, en este caso, la implicación en la defensa de la Constitución.

Un cambio en materia de control se advierte en las competencias de la Fiscalía General de la República, órgano que se implica más activamente en la defensa del supremo texto, de acuerdo con los artículos 10 b) y 12 r) de la Ley No. 160 de 2022, «De la Fiscalía General de la República» [GOR-O, (5), 2023, pp. 89, 91], como también lo hace el Tribunal Supremo Popular, a tono con lo dispuesto en los preceptos 13.1 a) y 29.1 b), c), d) y e) de la LTJ [GOR-O, (137), 2021, pp. 3931-3932, 3937-3938]. Los órganos superiores de ambas instituciones pueden promover ante la ANPP o el CE las declaraciones de inconstitucionalidad o de revocación de disposiciones; situaciones e incongruencias que pueden apreciar durante el ejercicio de sus funciones respectivas. Adviértanlas y pronúnciense, en lo cotidiano, como medio de preservación y de seguridad.

En tanto no se asuma que constitucionalidad no se limita a legalidad, que la segunda no puede sobrepasar la primera, y que existe una fuente en materia de derechos por encima de las leyes, las garantías normativas estarán limitadas. No es un problema solo de técnica jurídica o conceptual, es también de valoración de la decisión popular. Por consiguiente, tales acciones, promovidas desde los órganos antes mencionados, evidencian la funcionalidad de ambos, la efectividad de su gestión; y esas solicitudes, a la vez, son expresión de control y aseguramiento de la eficacia de la Constitución.

Como tributo a la seguridad jurídica y personal, una exigencia —en relación con la actuación judicial— es que ese ente que solucione el conflicto tenga independencia estructural y funcional, interna y externa. Que tome sus decisiones directamente, sin consultas previas; que conozca de los asuntos y no los rechace o se abstenga; que el fallo sea objetivamente fundado y argumentado; y que las decisiones judiciales sean eficaces y efectivas, en aras de que lo que ellas dispongan se cumpla con inmediatez.

Cierto es que las dimensiones estructural u orgánica y funcional no se pueden apreciar aisladas entre sí; el sistema de órganos no puede estar escindido de la sociedad, sino que se ha de imbricar armónicamente para asegurar *justicia* respecto al caso concreto, y en determinados momento y lugar. Los jueces —electos o permanentes— no existen aislados o asépticos y, aunque es una exigencia que conserven la independencia en su actuación, a fin de asegurar la imparcialidad en la toma de decisiones, integran un sistema de órganos que forman parte del aparato de poder; son personas implicadas en la sociedad y sus valores se corresponden con las formas de vida de esta, e, incluso, con la definida como dominante, pues han sido seleccionados para asegurar las reglas y decisiones adoptadas desde el poder.

Como seres sociales, los jueces defienden determinadas posiciones políticas y ello incide, igualmente, en las valoraciones que realizan respecto al caso sometido a su consideración, en la apreciación acerca de la legalidad o la correspondencia de la disposición normativa que se tiene para la solución jurídica con la prevista en la Constitución; de ahí que se sostenga que «el juez ideológicamente aséptico no es más que una construcción artificial [...]» (Zaffaroni, 1994, p. 26).

La gran diferencia con el aparato administrativo —del cual no pueden formar parte— es que el juez o tribunal inferior debe ser libre en sus decisiones; ha de conducirse, siempre, conforme a las reglas jurídicas constitucionales y legales, o la jurisprudencia ya establecida, y que sea, luego, el tribunal superior quien modifique sus decisiones o las ratifique, por medio de los recursos o revisiones, sin vulnerar la *non reformatio in peius*.

Para ello, se requiere de jueces activos que actúen como garantes de los derechos humanos y participantes en el aseguramiento de la coherencia normativa y decisional, y que asuman que el Derecho no

es solo reglas, sino también, valores y principios, que rigen los procesos de toma de decisiones.

En esta dinámica, el aseguramiento de la independencia funcional, cual principio esencial, debe acompañarse, además, de la previsión de los medios que obliguen a la sujeción de todos a las decisiones judiciales, de manera efectiva e inmediata, tal como lo prevé la Constitución. Para ello, se necesita un aparato de ejecución de apoyo al juez y una coordinación entre la Fiscalía, la Policía y la Administración pública; en otras palabras, cooperación y acciones coordinadas, en lugar de verticalizar medidas. Solo así la actuación judicial vendrá a asegurar el necesario control respecto a los órganos de poder, será garantía de continuidad del diseño constitucional y de los derechos reclamados. En esto, aún falta por hacer, pero se impone resolverlo con inmediatez.

Unido a lo antes señalado, sería útil revalorar, formalmente, la jurisprudencia en el sistema de fuentes cubano, para declararla, no como criterio de sala sostenido, sino como el resultado de la reiteración de la *ratio decidendi* en tres oportunidades, lo que sentaría otras bases que apoyarían la interpretación e, incluso, haría posible el establecimiento de pautas para el completamiento de los contenidos de los derechos; de la misma manera que la inaplicación de la normativa inferior restrictiva sería la vía para detectar las regulaciones respecto a las cuales se deba solicitar la declaración de inconstitucionalidad. El hecho es que no se puede obviar que la función judicial es de carácter público, ha de estar instituida para que pueda actuar en toda clase de recursos, si como ente garantista se le ha concebido.

Por último, ha de abordarse un trío que es necesario salvaguardar: justicia, igualdad y equidad. La justicia, como valor y garantía —además de la imparcialidad que la debe condicionar—, ha de ser rápida y argumentada; el resultado de los tribunales superiores debe sentar pautas claras, así reconocidas, para situaciones o casos posteriores, frente a antinomias o vacíos normativos. Desde la práctica judicial, habría que repensar si aquellas serían solo prototipos interpretativos o reglas con efectos generales, pero, en cualquier caso, unos y otras tendrían que estar dirigidos a la realización de lo establecido constitucionalmente, como valor, principio, derecho o garantía.

Desde la óptica enunciada y pensando en todos, sería prudente tener presente que en Cuba la condición de ciudadano es la categoría que

expresa el estatus jurídico de la persona natural, que define los vínculos entre ella y el Estado; y que, por el diseño constitucional, es abarcadora para todos los derechos y garante para todas las personas. Ahora, la posibilidad de tener, además, otra ciudadanía —Artículo 36 [GOR-E, (5), 2019, p. 79]— indica que, tégase la cubana u otras, como garantía de derechos, determinación de relaciones y deberes, estando en suelo patrio, solo puede imperar la cubana. Todas las regulaciones y las instituciones existentes en el país se han de ajustar a tales pautas imperativas. Dicho de otra manera, esa tutela de los derechos se consigna para las personas, no limitada a cargos o función; tampoco hay restricción de residencia ni delimitación de la condición de extranjería, para establecer las reclamaciones ante los órganos de justicia. Este ha sido un profundísimo cambio constitucional, que lleva a repensar y revalorar prácticas y reformular regulaciones, y en la cual se requiere una importantísima participación del Sistema de Tribunales, como vía de reclamación, ante la afectación de derechos por restricciones a tales reglas.

Los límites por residencia efectiva son solo para electores y electos como representantes populares, a fin de asegurar los vínculos directos, como resulta de los artículos 7 c) y 9.1, de la «Ley electoral» [GOR-O, (60), 2019, p. 1273]. El acceso a la justicia es para todos —en condición de trabajador, empleado, funcionario, sin importar las esferas y entidades de trabajo, sean estas estatales, cooperativas o privadas— y se puede ejercer *erga omnes*, en cualquier caso y momento.

Un penúltimo tema, objeto de preocupación, es el relativo a la creación normativa y las formulaciones de políticas, algo no cuestionado judicialmente, pero sí necesario porque se vincula directamente con la instrumentación de la Constitución y los derechos. Este período, posterior a 2019, ha sido intenso en la elaboración de nuevas regulaciones para lograr el desarrollo de los contenidos constitucionales, unido a la vinculación de los más altos niveles de toma de decisiones políticas con la ciencia, en los procesos de formulación de las políticas públicas y la creación de normativas. Esta interrelación es importante por varias razones, entre ellas, porque en ese intercambio se aportan miradas diversas, que han de contribuir a la necesaria transversalidad e integración de las regulaciones y decisiones, dado que las normativas se dirigen hacia toda la sociedad. Romper la mirada y decisión vertical y formalista no corresponde a los tribunales

de justicia, pero sí les supone un fuerte reto a afrontar, ante las reclamaciones que reciban por lesiones a derechos, causadas con tales disposiciones.

El último tópico a abordar, en el sistema de garantía de los derechos, conforme a la Constitución de 2019, que también requiere de revaloración, es el de las quejas, las conciliaciones, los procedimientos administrativos y los procesos judiciales. Aunque a través de ellos se establezcan críticas y cuestionamientos a las decisiones y actuaciones de otros, son necesarios para la defensa de los derechos de las personas individuales, colectivas, sociales, y de las instituciones estatales y la Administración pública en su quehacer; además de ser el medio para exigir deberes y responsabilidades.

De ahí que, haciendo un análisis comparatista con las nuevas y buenas leyes procesales, en particular el Código de procesos [GOR-O, (138), 2021, pp. 3977-4069] y la Ley del proceso administrativo [GOR-O, (139), 2021, pp. 4071-4093], merezca revalorarse en un futuro cercano. ¿Qué tenemos de acuerdo con la regulación del Artículo 99 constitucional?, ¿a qué tributa esa previsión?, ¿se ha generado una jurisdicción ordinaria, especial o constitucional?

La redacción del Artículo 99 [GOR-O, (5), 2019, p. 88], en su párrafo primero, permite apreciar la existencia de un proceso, vía o medio de defensa, ante daños o perjuicios, para obtener la restitución de los derechos, y la reparación o indemnización de aquellos, ante acciones y omisiones indebidas de los entes del aparato estato-administrativo y de los particulares o entes no estatales; esto último, valioso ante el desarrollo de la actividad económica privada, la contratación laboral y las regulaciones en estas esferas, al momento de la elaboración constitucional. Pero la previsión no es para todos los derechos, sino para los consagrados en la Constitución. Luego de la lectura del precepto, empezó a nacer la ilusión de una jurisdicción especial para la defensa de los derechos que, dada su importancia social, se habían constitucionalizado, con la finalidad de que todos pudieran reclamarlos judicialmente y recibir la garantía superior.

Pero el párrafo dos del 99 empleó la expresión *aquellos derechos*, sin definirlos, e hizo una remisión legislativa. El órgano constituyente enunció los derechos, en general, y delegó en el legislativo para que este decidiera cuáles; en consecuencia, ya no serían todos, sino

los establecidos por la ley. Al no pretenderse la creación de una jurisdicción constitucional, por encima de las ordinarias, que diera la posibilidad de cuestionar todas las decisiones judiciales sobre los derechos consagrados en la Carta Magna, y las leyes o decisiones, sino una referida, en concreto, a las acciones u omisiones, debía identificarse qué derechos no tenían una vía judicial para su defensa y si lo requerían.

Consecuentemente, la garantía consagrada pasó a ser legal: una jurisdicción para un grupo específico de derechos, aquellos que no se pueden defender mediante los procesos ordinarios establecidos —Artículo 5.2, Ley No. 153, «Del proceso de amparo de los derechos constitucionales» (LPADECO) [GOR-O, (74), 2022, p. 2048]—, con lo cual adquirió un carácter sustitutivo.

¿Dónde está el cambio importante? En que todos los derechos tienen vía judicial para su defensa, con lo cual se aseguran el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, aun para aquellas situaciones en que las normativas infraconstitucionales los limiten. Básicamente, esta es la vía para la libertad religiosa, así como para los derechos políticos y de participación popular.

Tampoco se puede desconocer el salto positivo que supone el reconocimiento legal de la posibilidad de dar entrada en este proceder especial y expedito a aquellos derechos que tengan otra vía para su defensa, cuando la trascendencia jurídico-social lo amerite —LPADECO, Artículo 5.3, p. 2048. Es aquí donde más agudeza se necesita en las valoraciones y argumentaciones de las demandas de los promoventes para que el tribunal las acoja; y para que las decisiones judiciales sean el medio efectivo de salvaguarda de los derechos.

Otra de las cuestiones a valorar en este último tema es que los derechos consagrados en la Constitución, aunque son para titulares individuales y su ejercicio es valioso, muchos de ellos son, también, de disfrute colectivo. Sin embargo, no se previó la acción colectiva para estimular la actuación judicial, con lo que pueden generar réplicas de las quejas ciudadanas, y la no solución rápida y efectiva de estas pudiera incidir negativamente en el disfrute de los derechos y la confianza en la gestión pública.

III. CONCLUSIONES

Se sabe que, tanto la creación jurídica como las decisiones políticas, tienen condicionamientos histórico-culturales y objetivos, como también se pueden diseñar magníficas reglas y políticas, pero ello, por sí solo, no es garantía de cumplimiento, porque, en lo cotidiano, actúan hombres y mujeres con pensamientos diferentes, esquemas conceptuales y, de ahí, las determinaciones o inacciones.

Este trabajo estimula el cambio de aquello que la autora considera necesario revalorar y modificar, y respecto a lo cual todos los órganos políticos, sociales y estatales han de intervenir, sujetos a la letra mayor. En materia de garantías jurídicas de derechos y mandatos de acciones para su posible disfrute, el aparato de justicia es uno de los fundamentales instrumentos para la realización de todos, en particular los que se han consagrado en la Constitución, por ser los más importantes para la sociedad en el momento de su aprobación. Esa fuerza normativa de la Constitución ha de ser asumida para valorar situaciones, hechos y normas, para advertir las limitaciones o dificultades cotidianas, y para poder contribuir con sus argumentos y decisiones al disfrute de todos los derechos y la observancia de todas las garantías.

La identificación de retos diferentes que se deben tener presentes para lograr lo que el pueblo se propuso estimula las valoraciones y actuaciones, en función de hacer eficaz jurídica y socialmente la letra constitucional y sus contenidos.

IV. REFERENCIAS

Constitución de la República de Cuba. (Febrero 24, 1976). *GOR-EE*, (2), 3-18.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2012). Decálogo iberoamericano para una justicia de calidad. <https://www.cumbrejudicial.org/productos-axiologicos/decalogo-iberoamericano-de-la-justicia-de-calidad>

Fernández Bulté, J. (2005). *Teoría del Estado y del Derecho*. Félix Varela.

Ley No. 127, «Ley electoral». (Agosto 19, 2019). *GOR-O*, (60), 1271-1318.

Ley No. 131, «Ley de organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y el Consejo de Estado de la República de Cuba». (Enero 16, 2020). *GOR-E*, (6), 91-137.

Ley No. 140, «De los tribunales de justicia». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (137), 3929-3975.

Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (138), 3977-4069.

Ley No. 142, «Del proceso administrativo». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (139), 4071-4093.

Ley No. 153, «Del proceso de amparo de los derechos constitucionales». (Julio 15, 2022). *GOR-O*, (74), 2047-2054.

Ley No. 160, «De la Fiscalía General de la República». (Enero 13, 2023). *GOR-O*, (5), 87-113.

Prieto Valdés, M. (2000). Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución. En Pérez Hernández, L. y Prieto Valdés, M. *Temas de Derecho constitucional cubano*, 11-16. Félix Varela.

Prieto Valdés, M. (2008). En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976 (un breve comentario). *Ius*, (21), 193-205.

«Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular». (Julio 20, 1977). *GOR-O*, (23), 219-233.

Reglas mínimas sobre Seguridad jurídica en el ámbito Iberoamericano. (2008). <http://www.cumbrejudicial.org>

Zaffaroni, E. R. (1994). *Estructuras judiciales*. Ediar. http://www.derechopenalenlared.com/libros/zaffaroni_estructuras_judiciales.pdf

CONSTRUCCIÓN IUSINTERNACIONAL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

INTERNATIONAL LEGAL CONSTRUCTION OF GENERAL PRINCIPLES OF LAW

■ DR. ALEJANDRO GONZÁLEZ MONZÓN

Profesor titular de Filosofía del Derecho,
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-2612-7267>

alejandro.gonzalez@lex.uh.cu

■ M.Sc. ERNESTO MOREIRA SARDIÑAS

Profesor asistente de Derecho internacional público, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana; asesor jurídico, ECIAZ S.A., Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-3584-6386>

ems911015@gmail.com

Resumen

Los principios generales del Derecho, reconocidos en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y fuente del Derecho internacional general, universalizan su importancia en ordenamientos nacionales e internacionales, como complemento indispensable a la ley y la costumbre. Ellos unifican el estatuto legal, lo flexibilizan, catalizan valores, llenan lagunas, sirven para interpretar y reformar las reglas y las complementan; se les diferencia, además, de los principios del Derecho internacional contenidos en la Carta de San Francisco, dimensiones que son abordadas en el presente texto.

Palabras clave: Principios; Derecho internacional; fuentes del Derecho.

Abstract

The general principles of law, recognised in the Statute of the International Court of Justice and sources of general international law, are of universal importance in national and international legal systems as an indispensable complement to law and custom. They unify the legal statute, make it more flexible, catalyse values, fill gaps, serve to interpret and reform rules and complement them. They are also distinguished from the Principles of International Law contained in the San Francisco Charter, dimensions that are addressed in this text.

Keywords: *Principles; International law; legal sources.*

Sumario

I. Introducción; II. Antecedentes de la regulación actual; III. Pautas teóricas e iusfilosóficas genéricas del debate; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En todo acercamiento histórico a los principios generales del Derecho (PGD) que pretenda ser exhaustivo y científicamente coherente no puede dejar de repararse, aunque solo sea de forma somera, en la trascendencia que para estos supuso su regulación como fuente de Derecho internacional público (DIP),¹ a tenor del polémico inciso c) del Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en tanto normas de aplicación directa con vocación para incidir en el fondo de un asunto y en el procedimiento particular de su tramitación, en calidad de fuente autónoma, y, a la vez, como elementos de complementación de los mandatos emanados de los tratados y la costumbre internacional.

¹ Los diferentes proyectos que se presentaron al Comité Asesor de Juristas propusieron aplicar *the general principles of law* (Dinamarca, Noruega y Suiza); *los principios generales del derecho y la equidad* (Alemania); *the general principles of justice and equity* (Suiza); y, también, *the rules which, in the considered opinion of the Court should be the rules of international law* (Dinamarca, Noruega y Suecia) (Acosta Alvarado, 2010; Velázquez Elizarrarás, 2012; Becerra Ramírez, 2017).

La letra íntegra de ese precepto señala:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. (ACNU, s.f., s.p.)

Los orígenes de este precepto son identificados por la doctrina internacionalista (Schwarzenberger, 1953, p. 5; Remiro *et al.*, 2007, p. 506) en dos documentos convencionales, a saber: el Artículo 7 de la XII Convención de La Haya, de 18 de septiembre de 1907, por el cual se creó un Tribunal Internacional de las Presas, que constituye el antecedente más lejano de un documento jurídico internacional que codifica las fuentes del Derecho internacional (DI), a pesar de no haber entrado nunca en vigor por la oposición de Gran Bretaña; y el Artículo 35 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, antecedente de la actual CIJ.

No obstante, no debe darse por sentado que el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ es un catálogo de las fuentes del DI. En él se establecen solamente aquellas que debe tener en cuenta este órgano judicial para resolver los conflictos entre Estados que se le presenten. Esto significa que la hipótesis de la norma en virtud de la cual debe entenderse lo establecido en el propio artículo, como fuente de Derecho, tiene su alcance limitado a las relaciones jurídicas que sean objeto de un proceso ante la CIJ; de ahí que el artículo en cuestión no pueda ser invocado *per se* para considerar qué puede ser fuente de Derecho y qué no, visto el DI como un todo.

Es claro que el ámbito de las fuentes del DI no puede reducirse al marco de este precepto, que no las agota. Sirva como ejemplo el caso de aquellas resoluciones vinculantes emanadas de organizaciones internacionales que contienen dictados de conducta generales y abstractos (Diez de Velasco, 2007, pp. 227-241). En este sentido, cabe mencionar también el caso de las normas de DI imperativo o *ius cogens*, que no precisan expresarse en ninguna de estas fuentes para ser consideradas DI, pues basta para ello una *opinio iuris* unánime de la comunidad internacional (Villiger, 2009, p. 672).

Pero más allá de las determinaciones específicas del Estatuto de la CIJ y del hecho de que este no agote todas las fuentes del DI, sí ha de considerarse que las enumeradas en los tres primeros incisos citados, a saber, los tratados, la costumbre y los PGD, son fuentes del DI, en general. En tal sentido, se estiman convincentes las razones dadas por Diez de Velasco (2007):

El T.I.J. [Tribunal Internacional de Justicia] está abierto, prácticamente, para todos los Estados del mundo, según se preceptúa en el [Artículo] 93.2 de la Carta de las N.U. y en el art. 35, números 2 y 3, del Estatuto del T.I.J., aunque la participación de los Estados no miembros de las N.U. esté sometida a que se cumplan las condiciones que determine en cada caso la A.G., a recomendación del C. de S. (art. 93.2 de la Carta) o el propio C. de S. (art. 352 del Estatuto del T.I.J.).

Una razón suplementaria la basamos en el examen de los debates en el seno del Comité de los Diez, redactor del Estatuto del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional (T.P.J.I.). En el ánimo de los miembros de dicho comité estuvo, sin duda, presente la idea de recoger las fuentes, no de una organización internacional en particular, sino de la S.I. [Sociedad Internacional].

Por otro lado, en el referido Comité de los Diez influyó de manera notable para llegar a la enumeración señalada el hecho de que, en bastantes compromisos arbitrales anteriores, en los que se fijaban las normas aplicables para la solución del litigio sometido a una decisión arbitral, y en algunos tratados, se establecieran las normas aplicables al caso en la misma forma que posteriormente se recogió en el Estatuto del T.P.J.I.

Pero si las razones anteriores no [fueran] suficientes para servir de fundamento a la tesis que estamos manteniendo, hay otra razón más que desvanece las dudas. Ella nos viene facilitada por la modificación introducida en el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia respecto al que estuvo vigente en el antiguo T.P.J.I. La modificación que nos interesa ahora consiste en la introducción de las siguientes palabras: «El Tribunal, cuya misión es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas (...»). Las palabras transcritas nos hacen ver claramente cómo, a través de la referencia expresa al D.I., se ha llegado a un reconocimiento palpable de que las fuentes enumeradas en el art. 38 son las fuentes del D.I. La doctrina internacionalista lo afirma también de forma prácticamente general. (p. 117)

Que los tratados y la costumbre son fuente del DIP está fuera de toda duda, pero, ante una fuente como los PGD, la argumentación anterior es esencial para sostener su condición como tal, máxime cuando se trata de una fuente, sin dudas, controvertida.

No es de extrañar la querella que al respecto existió y a aún persiste, pues según Velázquez Elizarrarás (2012, p. 115), ninguna fuente del DI ha generado más polémica y encono en la doctrina, entre los internacionalistas que comenzaron a encarar teóricamente el tema, todavía marcados en aquella época (1920) por las directrices derivadas de Westfalia. Algunos autores, como es el caso de Remiro *et al.* (2007, p. 516), se refieren a los PGD como una *fuente en entredicho* dentro de los límites de lo *iusinternacional* e identifican, como principales interferencias a su plena aplicación, las causas siguientes:

- La impugnación de que fueron objeto los principios como categoría normativa del orden internacional desde las atalayas socialistas y del Tercer Mundo.
- La inquietud de que su utilización alimente e incentive la asunción por el juez internacional de un papel creativo que no le corresponde.

Halajczuk y Moya (1999) también ilustraron esta cuestión, a través de un brevíssimo paneo de la disgregación doctrinaria que les es inherente:

[...] Se trata de la fuente más controvertida del Derecho internacional tanto por su vigencia jurídica como por su contenido. En cuanto a la vigencia, algunos autores no la consideran como una fuente porque no constituye una manifestación de la voluntad de los Estados, expresa y ni siquiera tácita, además no hay coincidencia en cuanto a su naturaleza. Los *iustnaturalistas* consideran como un triunfo para su doctrina el hecho de la incorporación de los principios como fuente autónoma; otros como una mera aplicación de la técnica de analogía. Otros autores les quitan esta autonomía por distintos motivos: consideran que ellos no son más que principios consuetudinarios; así opinan por ejemplo Scelle, Cavalieri, Guggenheim. Por fin, los demás los consideran de acuerdo al [sic.] Artículo 38 como una auténtica fuente autónoma. (p. 76)

No son vanas las preocupaciones que puedan surgir en torno a una comprensión de los principios como fuentes del DI, en tanto se presentan como la categoría más inaprehensible. Mientras que la costumbre, los tratados, la jurisprudencia o las resoluciones de organizaciones internacionales pueden ser constatados empíricamente, ya sea a través de la lectura del texto escrito o de una comprobación de la conducta de los Estados, los PGD requieren de ejercicios lógicos para ser conocidos y pueden prestarse a diversidad de interpretaciones. Curiosamente, se presentan con la contradicción apariencia de ser una fuente formal sin forma.

Siendo los principios un tipo de norma *per se*, puede dar la impresión de que no se está ante una fuente formal de Derecho, sino ante un Derecho que debe estar contenido en otra fuente. Así, el principio es un enunciado que contiene un dictado de conducta y que, para ser considerado Derecho, tiene que manifestarse en una fuente de Derecho, que no podría ser el principio mismo. La consecuencia lógica de esto sería que no pueden considerarse los principios como fuente de Derecho y, por ende, tal juicio abarca a los PGD que, para ser tenidos en cuenta ante el DI, deberán expresarse en un tratado o una costumbre.

Más allá de estos razonamientos, tanto en ordenamientos internos como en el propio DI, los PGD son presentados como fuentes de Derecho y existe un mandato por parte de los propios sistemas ju-

rídicos de entenderlos así. Tal es el caso del Artículo 1 del Código civil español (Montes, 1991, p. 41) y el 4.1 f) del Código de procesos cubano [GOR-O, (138), 2021, p. 3978], como también, en el caso del DI, del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, antes citada; el aplicador del Derecho debe recurrir a aquellos en tanto fuente *per se*. Esto hace pre-guntarse cómo es posible que los principios, siendo contenido y no continente, puedan ser considerados fuente formal.

Antes de entrar en valoraciones y asumir posturas con respecto a las diferentes opiniones que se han esgrimido en los estudios teóricos, vale la pena recordar las observaciones clásicas de Schwarzenberger (1953, pp. 5, 35-42), quien en ocasión de prologar una obra de Bin Cheng resumió, de forma magistral, las ventajas que supuso para el ordenamiento jurídico internacional la regulación de los PGD (*reconocidos por las naciones civilizadas*) en el sistema de fuentes que le es característico. Estas son:

- Capacitaron a ese cuerpo judicial para reabastecer las reglas del DI con principios del Derecho probados dentro de los sistemas legales más modernos y más completamente integrados.
- Abrieron un nuevo canal a través del cual los conceptos del Derecho natural podrían recibirse en el DI.
- Proporcionaron a otras instituciones judiciales internacionales un tentador conjunto de normas que podrían ser adoptadas, como último recurso, en su propia actividad.
- Redujeron casi definitivamente la posibilidad de invocar el *non liquet*.
- Lanzaron un reto a la doctrina del DI para navegar hacia nuevos y no trillados mares.

El argumento del *non liquet* ha sido esgrimido en apoyo a determinadas cuestiones de naturaleza politológica, lo que ha menoscabado la credibilidad jurídica de las decisiones internacionales. En la doctrina, autores como Bellei (2015, pp. 99-100) se han apoyado en la potencialidad de los PGD para contravenir esta situación y las consecuencias negativas que trae consigo. En un interesante trabajo de este profesor chileno se sistematiza el asunto con apoyo en las ideas de Lauterpacht: la determinación de la existencia de una regla internacional que prohíba un fallo *non liquet*, o no, ha sido latamente discutida. En opinión de Lauterpacht, no es concebible que los tri-

bunales y cortes internacionales se encuentren facultados para fallar *non liquet* debido a la ausencia de norma o principio. La insuficiencia del Derecho existente para dar respuesta a ciertas situaciones, dice Lauterpacht, ha sido utilizado como argumento para defender la existencia de disputas *no-justiciables* y, de esta forma, limitar artificialmente la función judicial sobre la base de que el DI sería un sistema incompleto de normas. Por el contrario, no existirían posibilidades de constatar tales vacíos, pues la integración del sistema se asegura mediante la aplicación de los principios generales, o a través de la utilización de otras reglas residuales.

II. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN ACTUAL

El hecho de que, convencionalmente, se tome como referencia de la exposición el tratamiento que han tenido los PGD, a partir del año 1920, en la solución de los altercados internacionales, no ha de llevar a desconocer la instrumentalidad de estos en fases históricas anteriores, cuando la pobreza en materia de tratados y el estado embrionario de la costumbre internacional hacían frecuentes las evocaciones de las directrices universales deducidas de los ordenamientos internos. Entre los múltiples ejemplos que pueden sostener esta aserción y que han llevado a Barberis (1991, pp. 11-13) a sostener que el inciso c) del mentado Artículo 38.1 no hizo más que consagrar una práctica internacional pretérita, destacan los siguientes:

- *Caso del navío Neptune* (decidido en 1797 por la Comisión creada en virtud del Artículo VII del Tratado Jay, suscrito entre Gran Bretaña y Estados Unidos, el 19 de noviembre de 1794): Durante la guerra anglo-francesa, el buque norteamericano *Neptune*, que transportaba un cargamento de arroz con destino a Bordeaux, fue secuestrado por los británicos. Una de las estrategias de defensa de Gran Bretaña fue la de esgrimir el *estado de necesidad en que se encontraba su población*. Si bien la Comisión desestimó la justificación británica, aceptó la configuración del *derecho de necesidad* en el orden internacional, entendiendo que el caso concreto que había sido sometido a su conocimiento no revestía todas las exigencias necesarias para alegar dicho derecho. En aquel entonces, el *derecho de necesidad* no se encontraba regulado por tratado alguno ni estaba contenido en las prácticas consuetudinarias internacionales.

- *Caso de arbitraje sobre el buque Montijo* (1875): La decisión al respecto se construyó tomando el PGD conocido bajo la fórmula latina *nullus commodum capere potest de sua injuria propria* —ningún hombre puede aprovecharse de su propio error— como válido y adecuado a las exigencias del caso.
- *Caso García Cádiz* (1885): En esta ocasión, la Comisión mixta de reclamaciones venezolano-norteamericana argumentó que el *principio de prescripción liberatoria* era universalmente reconocido, lo que entendió suficiente para sostener en él su fallo.
- *Caso del ferrocarril de Delagoa* (1900): El tribunal arbitral decidió aplicar en este caso los PGD comunes de las naciones modernas, en el entendido de que, en atención a las *reglas de derecho universalmente admitidas*, el *principio de la indemnización de daños y perjuicios* comprende al daño emergente y al lucro cesante.
- *Caso de los fondos píos de las Californias* (1902): La sentencia del Tribunal Permanente de Arbitraje aplicó el principio según el cual, para determinar y precisar los puntos respecto de los cuales existe cosa juzgada, es preciso tener en cuenta todo el fallo y no solo una parte de él. El tribunal expresó que tal principio no era de aplicación exclusiva por parte de los tribunales estatales, dado que también podía ser utilizado en la solución de conflictos mediante arbitrajes internacionales.
- *Caso The Salvador Commercial Co.* (1902): La sentencia que solucionó este asunto consideró, como principio universal existente en todo sistema jurídico, la posibilidad de que las partes de un contrato tengan igual derecho de recurrir, de existir desacuerdos entre ellas, a un órgano judicial o arbitral.
- *Caso Gentini* (1903): Después de analizar la vigencia del *principio de prescripción liberatoria* en el Derecho romano y en el Derecho civil de las naciones, la Comisión mixta de reclamaciones ítalo-venezolana, lo utilizó, en tanto PGD, para sustentar jurídicamente su decisión.
- *Caso de la indemnización reclamada por Rusia al Imperio Otomano, en virtud del acuerdo preliminar de paz de San Stéfano (1878) y del tratado definitivo de Constantinopla (1879)*: El Tribunal Permanente de Arbitraje, en sentencia de 11 de noviembre de 1912, estableció el principio de que las deudas en dinero, líquidas y exigibles, devengan

un interés a título de indemnización, desde el momento en que se reclama, expresamente, su pago. Con este objetivo, el tribunal invocó *las legislaciones privadas de los Estados que forman parte del concierto europeo* y señaló, con posterioridad, que la correspondencia intercambiada entre Rusia y Turquía, a tales efectos, demostraba que aquella había hecho una remisión de deuda, en cuanto a intereses, a favor de esta última. Los razonamientos del tribunal se apoyaron en las *reglas del derecho privado común*.

III. PAUTAS TEÓRICAS E IUSFILOSÓFICAS GENÉRICAS DEL DEBATE

Si bien los criterios sobre la aceptación de los PGD como fuentes del DIP —derivados, frecuentemente, de circunstancias prácticas— son mayoritarios, no han sido inexistentes las teorías detractoras en este sentido. Un ejemplo al respecto se localiza en las concepciones de la llamada *escuela voluntarista* —de raigambre positivista— sobre el fundamento de validez de la norma internacional. En este marco, destacaron los criterios del italiano Anzilotti (1995, p. 53), quien propuso, como base de toda la ordenación *iusinternacional*, al axioma *pacta sunt servanda*.

Sobre la filiación de Anzilotti, Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez (1990, p. 48) construyeron una visión diferente. Según estos autores, para ciertos analistas de las teorías sobre el fundamento del DI, Anzilotti pertenecería al grupo de los voluntaristas, pues, en última instancia, el acuerdo de voluntades es la base del DI. Se coincide con los estudiosos antes mencionados; al estar ese acuerdo de voluntades condicionado a la aceptación de un postulado hipotético, su pensamiento se enrola dentro de las teorías objetivistas. Cabe destacar que su teoría solo explicaría la validez inmediata de una de las fuentes del DI: los tratados. La norma consuetudinaria —en tanto prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho— y los PGD, no encontrarían fundamento inmediato —de obligatoriedad— dentro de su marco teórico.

Según los autores insertados en esta tendencia, el origen de toda norma jurídica internacional y, también, su criterio de legitimación, se encuentran en el consentimiento de los Estados. En esta línea, se

asume como lógico correlato el no considerar a los PGD como elementos del sistema de fuentes, en tanto su configuración y virtualidad jurídica internacional no dependen de una manifestación de consentimiento, expresa o tácita, de los Estados, entendidos, sin lugar a dudas, como los sujetos fundamentales del DIP.

La realidad práctica condujo a la matización de estas ideas; así, se asume que la operatividad de los PGD en el esquema de fuentes establecido en el ya mencionado Artículo 38.1, inciso c), es innegable, pero no se desprende de la esencia de dichos principios, sino de la naturaleza de tratado de los Estatutos de la Corte, lo que conllevaría a sostener que estos solo pueden entenderse como fuente jurídica en los Estados que, mediante su consentimiento, decidan ser parte de los Estatutos.

De modo similar, aunque desde una perspectiva más objetivista, se desarrolló la teoría soviética, encabezada por Tunkin (1974, pp. 103-136). Estas apreciaciones, que partieron de la consagración de los principios de igualdad e independencia de los Estados como pilares básicos del DIP, concluyeron que el único medio de generar normas obligatorias en este ámbito era el de la voluntad concordante de los sujetos internacionales. Esta colocación del concierto de voluntades como fundamento de validez de la normativa internacional estuvo condicionada, sin lugar a dudas, por la concepción del mundo bipolar y todo lo que este traía aparejado en la esfera politológica.

En palabras de Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez (1990):

[...] Este concepto de coordinación de voluntades, que reemplaza al de voluntad común, tiene su origen en el hecho de que para la doctrina soviética el derecho internacional general es un ordenamiento que regula las relaciones entre Estados pertenecientes a sistemas económicos diametralmente diferentes [...]. (p. 47)

Consiguentemente, la presencia de principios comunes entre el sistema socialista y el capitalista era imposible desde ese ángulo analítico y, a tales efectos, el inciso c) del Artículo 38.1, multicitado, perdía toda su virtualidad; la sinonimia solo era posible en lo concerniente a los conceptos jurídicos no normativos, es decir, a cuestiones de procedimientos técnicos en materia de interpretación y aplicación del Derecho, de estricta lógica jurídica, entre otros, cuyo grado de

abstracción no contraviniera los pilares ideológicos y axiológicos del modelo sociopolítico. El condicionamiento eminentemente político de esta teoría —derivado de una aprehensión vulgar del marxismo— provocó que perdiera fundamentación científica y objetividad práctica en las relaciones internacionales, a tenor del proceso de desmembramiento del campo socialista, cuyo inicio formal puede situarse en el año 1989.

Si bien este criterio fue de amplia aceptación en la palestra soviética, donde la fuerza de lo político opacó, muchas veces, la veracidad técnica, existieron criterios moderados que pusieron de relieve la importancia de los principios en la base jurídica de las relaciones internacionales. En este sentido, fue claro el posicionamiento de Korovin (1963), cuando afirmó que el TIJ

[...] puede aplicar, además de los convenios internacionales y de la costumbre internacional, los *principios generales del derecho* reconocidos por las naciones civilizadas (art. 38 (c) del estatuto del Tribunal Internacional de Justicia). Muchos de tales principios revisten todavía una gran importancia para el aseguramiento y desarrollo de las normas democráticas en el derecho internacional. Se concretan, ya a través de los tratados internacionales, ya a través de la costumbre internacional, no siendo en el fondo sino su generalización. Los principios que no se hallan reflejados en ninguna de ambas fuentes no pueden ser considerados como *principios generales* [...]. (pp. 16-17)

Frente a las opiniones negatorias, que han sido realmente periféricas, se ha levantado una considerable producción doctrinal que defiende la vinculación principalista en la esfera jurídica internacional, apoyada, muchas veces, en los rumbos asumidos por la jurisprudencia.

A modo de ejemplo, pueden consultarse los siguientes casos resueltos por la Corte: Canal de Corfú (1949), Ambatielos (1953), Namibia (Opinión Consultiva, 1971), Jamahiriya Arabe Libia (1982), delimitación marítima —Golfo de Maine (Canadá vs. E.U., 1984); y, sumado a ello, asuntos territoriales, Qatar y Bahréin (1994 y 2001)—, actividades militares (AA) y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. E.U., 1986), AA transfronterizas (Nicaragua vs. Honduras, 1988), Eletronica Sicula (E.U. vs. Italia, 1989), laudo arbitral de Guinea-Bissau vs. Senegal (1991), tierras en Nauru (Nauru vs. Australia, 1992), disputa

territorial (Libia vs. Chad, 1994), Timor Oriental (Portugal vs. Australia, 1995), prevención y castigo del crimen de genocidio —Bosnia y Herzegovina vs. Yugoslavia, 1996; los dos primeros vs. Serbia y Montenegro, 2007; y Croacia vs. Serbia, 2008—, Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría vs. Eslovaquia, 1997), fronteras terrestres y marítimas entre Camerún y Nigeria (1998), *idem* (1999); derechos de las pesqueras (España vs. Canadá, 1998), legalidad del uso de la fuerza (Serbia y Montenegro vs. Rusia, 2004; y aquellos dos vs. Reino Unido, 2004), Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. E.U., 2004), AA en el Congo (RDC vs. Uganda, 2005), asistencia mutua en materia penal (Djibouti vs. Francia, 2008), soberanía en ciertos territorios (Malasia vs. Singapur, 2008), delimitación marítima en el mar Negro (Rumanía vs. Ucrania, 2009), derechos de navegación y conexos en el río San Juan (Costa Rica vs. Nicaragua, 2009) (Velázquez, 2012, pp. 117-121).

Puntualizando en su operatividad y en el referente a observar para entender la configuración de los PGD en la arena internacional, Pastor (1971-1972) aseveró que:

[...] Los principios generales del derecho constituyen un fondo normativo común a los derechos internos y al derecho internacional. Lo que ocurre es que como aquellos —los derechos internos— están en una fase más adelantada de desarrollo, el sentido general de la traspalabra es siempre el mismo. Se trata de principios formulados antes en los derechos internos y que luego, cuando surgen problemas análogos en el derecho internacional, son aplicados a éste [...]. (p. 17)

Esta idea de entender a los sistemas de derecho interno en una *fase más adelantada de desarrollo*, parece no tener cabida en la complejísima dinámica que caracteriza las relaciones internacionales y todas sus derivaciones jurídicas en la actualidad. Aceptar que la visibilidad de los PGD en el entorno internacional solo se limita a brindar mayor posibilidad de aplicación a construcciones ya facturadas en los ordenamientos jurídicos nacionales, tal como lo postuló Lauterpacht (2011), es entender la cuestión de modo parcial.

Herdegen relacionó este enfoque con la visión tradicional del DI como ordenamiento de coordinación con respecto a los ordenamientos internos. En consecuencia, es dable sostener que la mayor

parte de los principios generales se remiten a una comparación de los existentes en la mayoría de los ordenamientos privados. No obstante, este es un punto que merece ser analizado con cuidado. Ligar en demasía la noción de los PGD al Derecho interno puede llevar a conclusiones equívocas. Si los PGD son comunes a todo orden jurídico, desde el punto de vista metodológico, partir de los ordenamientos internos para llegar a los principios generales en el DI puede tener un resultado errático, cuando no se acompaña de otras aproximaciones. Es preciso detenerse tanto en el DI como en todos los ordenamientos internos posibles, pues lo que puede parecer un PGD en cualquiera de ellos puede no serlo a la luz del DI; tal es el caso de la jerarquía normativa, que no tiene esa condición, precisamente, porque no existe relación jerárquica en el DI (Herdeguen, 2005, pp. 43-45).

No puede negarse que los PGD constituyen un fortísimo lazo de hermanamiento y coordinación entre ambos espacios de aplicación jurídica. Así, a los efectos del análisis en estos contornos, ellos encierran un doble contenido normativo: de un lado, el que ofrecen los principios que son comunes a los ordenamientos estatales; de otro, el de aquellos que informan un determinado sector de las normas internacionales.

Esta cuestión fue tomada en cuenta en la doctrina internacionalista cubana por el profesor D'Estéfano (1965), quien no se permeó de los reduccionismos, constantemente importados de la literatura especializada facturada en la Europa del Este de sus tiempos. Desplegando una concepción amplia, contraria a toda supeditación aplicativa de los principios jurídicos con respecto a los tratados y la costumbre, el que fuera un notable docente de la Universidad de la Habana afirmó:

[...] Hay que establecer la siguiente distinción: los *principios generales del Derecho* son principios jurídicos que no han sido recogidos en tratados ni expresados por costumbres, y que sirven de pauta siempre que no haya normas convencionales o consuetudinarias especiales [...], en tanto los *principios del Derecho Internacional* se encuentran recogidos por el derecho internacional convencional o consuetudinario [...]. (p. 13)

Aunque debe remarcarse y tenerse presente esta importantísima distinción entre los PGD y los del DI, ha de señalarse que aquí D'Estéfano

tiende a confundir el concepto con las circunstancias en que se recurre a él, al asumir que los primeros no están positivizados en tratados ni en costumbres, cuando, en realidad, puede acontecer lo contrario. La buena fe, por ejemplo, está en la Carta de la ONU y no por ello deja de ser un principio general. Lo que ocurre es que hay que invocarlo como tal solamente cuando no aparece en otras fuentes más «tangibles».

Sin lugar a dudas, aunque el orden internacional se nutre de principios de reconocimiento *in foro doméstico*, no se puede desconocer que este, en su desarrollo histórico, arroja determinadas pautas genéricas que le son autóctonas, es decir, que responden a exigencias diferenciadas de las que pueden surgir en los marcos de los ordenamientos internos. Pensar lo contrario equivaldría a un desconocimiento de la dinámica característica de la comunidad internacional.

Igualmente, la realización de los PGD como fuente de DI está sujeta a la delimitación de determinados espacios de incidencia. En esta línea, es posible identificar principios netamente sectoriales (*vgr.*, los de DI Humanitario) y los de alcance global. A juicio de Acosta (2010):

[...] En este último conjunto habrán de diferenciarse, a su vez, dos clases. Por una parte, las normas tipo principio que pese a su rasgo de fundamentalidad intrínseco no tienen un estatus particular, es decir, que se encuentran al mismo nivel jerárquico que las demás normas del ordenamiento y, por tanto, siguen las reglas de interpretación y aplicación propias del derecho internacional general. Por otra, las normas tipo principio que tienen un carácter fundamental en el derecho internacional [...]. (p. 211)

En lo que interesa a este último criterio de clasificación, que responde a una diferenciación de los PGD, concebida sobre la base de su aceptación como fundamentos del orden *iusinternacional* o no, la autora antes citada se suma a lo defendido por Carrillo (1998), para concluir que:

[...] Cuando [este autor] se refiere a los principios generales *del* derecho internacional diferenciándolos de los principios generales *de* derecho internacional, se refiere a una caracterización especial de las normas tipo principio tomando en consideración su envergadura o su fundamentalidad en el marco del ordenamiento internacional y asociando aquellos a una

cuestión importantísima del mismo [sic.]: su fundamentación. En efecto, gran parte de la doctrina reconoce en algunos de los principios del derecho internacional un carácter fundamental atendiendo a su relación con valores y cometidos esenciales, así como a su reconocimiento —implícito o explícito— por la sociedad internacional [...]. (p. 21)

En buena técnica, la referencia del precepto que se analiza no es a los principios propios del DI, sino a construcciones generales que, dotadas de cierta abstracción, informan, sinónimamente, a los ordenamientos jurídicos de las *naciones civilizadas*, lo que presupone la existencia de una voluntad concordante en pos de aplicarlos en la solución de conflictos que tengan lugar en el ámbito externo.

En opinión de Carrillo (1998), en apego a las doctrinas de Rousseau, la expresión *principios generales del derecho*, empleada en el Estatuto:

[...] ha sido ocasionalmente interpretada en el sentido de que comprende no sólo los *principios del derecho interno*, sino también los *principios generales de derecho internacional*. Rousseau, autor de uno de los estudios más profundos [...], de las fuentes de este derecho, postula esta interpretación y considera fundamental hacer tal distinción cuando se examina este apartado del Artículo 38. Fundándose en [...], tratados internacionales y decisiones judiciales que hacen referencia expresa a esa segunda categoría de principios, Rousseau afirma que éstos tienen un carácter autónomo, que no nos permite confundirlos con las demás fuentes del derecho internacional. Clasificándolos en cinco grandes grupos, enumera los que se refieren: a las relaciones entre los ordenamientos jurídicos; al ejercicio de las competencias estatales; a la responsabilidad internacional; y a la guerra marítima [...]. (p. 49)

No obstante, la susceptibilidad de que los PGD sean aplicados por la Corte para decidir conforme al DI puede devenir una garantía de su naturalización en este espacio. Entre los ejemplos que se pueden citar al respecto destacan los siguientes: el deber de reparar por el incumplimiento de una obligación, la no concurrencia de la responsabilidad en caso de configurarse la fuerza mayor, la vinculación de la cosa juzgada.

Ahora bien, sin restar importancia al debate sobre los referentes constructivos de los principios con impacto en la ordenación jurídica externa, o lo que es lo mismo, la identificación de su naturaleza primigenia, ya sea en los ordenamientos estatales o en la propia dinámica de la comunidad internacional, la verdadera vitalidad del tema que se aborda pende de reconocer que, de cara a las constantes transformaciones de las relaciones internacionales, que son el objeto de regulación del DI, no es posible defender la existencia de un sistema hermético de fuentes en el que los principios se presenten solo como adendas o elementos secundarios de dudosa utilidad. Un pensamiento contrario caería en un franco *voluntarismo*, lo que equivaldría a negar que el DI está concebido sobre bases y derroteros que, si bien sometidos a las condicionantes históricas, mantienen cierta homogeneidad y persistencia, para reducirlo a expresiones circunstanciales de la voluntad de los Estados y a la constancia reiterativa que se expresa en lo consuetudinario.

Siguiendo a Orench y Moral (2004, p. 61), es dable dejar sentado que la doctrina no suele negar la aplicación de hecho de los principios generales; cuestión diferente es si les otorga la consideración de norma independiente, convencional o consuetudinaria. Tampoco hay claridad sobre la posición que ocupan en el ordenamiento internacional. De esta situación se deduce que el análisis, en aras de su coherencia, debe arrojar luz sobre dos cuestiones que pueden expresarse en breves interrogantes, a saber: ¿son los PGD una fuente autónoma del DI?; ¿la interrelación de los PGD con el resto de las fuentes del DI se sustenta exclusivamente en criterios jerárquicos?

De inicio, la potencialidad de los PGD para ser aplicados directamente, en tanto normas jurídicas, o para servir de paradigmas interpretativos del resto de las piezas que conforman un ordenamiento de Derecho, no debe desnaturalizarse por el solo hecho de desarrollar sus funciones en el espacio internacional.

En sentido contrario a lo que en su tiempo defendió Miaja de la Muela (1955, p. 47), el ya referido Artículo 38.1 del Estatuto de la CIJ se debe interpretar desde perspectivas descriptivas y no jerárquicas o limitativas con respecto a otras fuentes no previstas en él.

La aceptación de este tema pendiente es reiterada en la doctrina especializada. Para Verdross (1957), el orden de prelación de las fuentes a aplicar, que señala el Artículo 38 «[...] no excluye el recurso simultá-

neo a distintas fuentes en el mismo litigio [...], el orden de prelación en cuestión se limita a expresar que la *lex specialis* precede a la *lex generalis* [...]» (p. 126). Según Virally (1973, p. 153), este precepto no tiene por objeto restringir en forma alguna la operación de las fuentes que se describen. Para Becerra Ramírez (1991), la rigidez en la interpretación del Artículo 38.1 conduce a la obstaculización de los procesos de creación de normas jurídicas de carácter más democrático y justo (pp. 80-81). En explicación de Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez (1990),

[...] el [Artículo] 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia [...] no establece ninguna jerarquía entre las fuentes principales. La Comisión de Redacción del Estatuto de la Corte Permanente había omitido incluir en el texto del art. 38 (antecedente del actual art. 38 del ECIJ) una propuesta según la cual las fuentes allí mencionadas debían ser aplicadas por el tribunal en forma sucesiva. Esto ha otorgado flexibilidad, tanto a la CPJI como a la CIJ, para la apreciación y evaluación de las fuentes a aplicar al caso. El orden de enunciación de las fuentes no determina una jerarquización entre ellas. La aplicación de la norma pertinente al caso se hará en función de los principios generales de derecho *lex specialis derogat generalis* y *lex posterior derogat priori*. Todas las fuentes principales gozan de idéntica jerarquía. Ante un conflicto entre normas jurídicas expresadas en fuentes distintas, la Corte decidirá de acuerdo a [sic.] su propio criterio cuál es la norma pertinente. En consecuencia, al encontrarse todas las fuentes principales en un mismo plano jerárquico, un tratado podrá derogar a una costumbre anterior y una costumbre posterior derogará al tratado anterior. Idéntico criterio se aplica con los principios generales de derecho en su relación temporal con las otras fuentes principales del derecho internacional [...]. (pp. 80-81)

Si bien la constante evolución de las relaciones internacionales presenta el multicitado precepto como un producto rezagado, incapaz de comprender íntegramente todo el arsenal instrumental del cual pueden brotar normas de vinculación internacional, es posible sostener que los PGD, en tanto ideas o razonamientos abstractos de carácter axiológico y de proyección deontológica, que contienen y expresan en sí mismos las nociones de derecho y justicia sobre las que se han estructurado los ordenamientos jurídicos nacionales y

el internacional, pueden ser invocados para fundamentar y resolver una controversia jurídica internacional sin necesidad de recurrir a otras fuentes primarias del *ius gentium*.

Para Velázquez (2012, p. 115), el correlato de esta reflexión implica que los Estados, también, tienen la facultad, si es que esa es su voluntad, de invocar los principios, los tratados y la costumbre, como derecho sustantivo aplicable para la regulación de una situación o al fondo de una controversia. Sin embargo, en opinión de los autores, ningún Estado ha tenido, en realidad, la voluntad política de sentar un precedente en esta materia. Es, quizás, por esta razón que, para un sector de la doctrina, la inclusión de los principios demuestra la imposibilidad de reducir por completo el sistema de DI a la voluntad de los Estados.

Todo esto se desprende de un análisis lógico-sistémico del precitado Artículo 38.1, pues en este se regulan los PGD expresa e independientemente de las otras fuentes, sin hacer alusión, en ningún momento, a dependencia o naturaleza auxiliar alguna. Incluso —según explica Becerra (2017, pp. 76-77)— la famosa y criticada coletilla *recognitiones por las naciones civilizadas*, contra la que se pronunció en su momento Elihu Root, viene a salvar, de alguna forma, el viejo temor de que el juez (en este caso el internacional) actúe como legislador, e introduzca normas extrañas a las aceptadas y consagradas en el ideario jurídico de la civilización (europea) y contrarias a ella, lo que, evidentemente, se eleva como un correlato del núcleo de la especulación positivista en lo que interesa a la vigencia normativa, esto es, que cada norma debe ser resultado de un proceso de creación que, a su vez, debe estar concebido y legitimado en una norma autorizante de mayor rango.

Cuando se pusieron a discusión los PGD, el presidente del Comité Asesor de Juristas, Baron Descamps, propuso el siguiente texto: *The rules of international law as recognised by the legal conscience of civilized nations*, o, como se propuso en su versión original en francés —las intervenciones o discusiones en el seno del Comités Asesor de Juristas eran en ese idioma, a excepción de la de Elihu Root, quien se expresaba en inglés—: *les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés*. Sin embargo, el miembro estadounidense del comité, Elihu Root, expresó sus reservas sobre esta redacción y afirmó: «no se puede entender el exacto

significado de la cláusula 3»; se preguntaba si era posible que los Estados sometieran sus controversias ante una Corte, «la cual administraría no solamente la ley sino lo que juzgara como conciencia de los pueblos civilizados».

Además, se puso el acento en la diferencia del concepto de la palabra *conscience*, que se escribe de la misma manera en inglés y francés, pero tiene un significado diferente. En consecuencia, la frase *la conscience juridique des peuples civilisés*, que aparecía en la propuesta de Descamps, aunque literalmente se traduciría como «la conciencia jurídica de los pueblos civilizados», podría ser entendida cual *el sentido común de todas las gentes civilizadas de que es jurídicamente correcto*, mientras que la expresión inglesa *the common sense to all civilized people of what is juridically right or wrong*, se entendería como la *opinio iuris communis* de la humanidad civilizada (*the opinion juris communis of civilized mankind*). Finalmente, el texto que adoptó el Comité Asesor de Juristas fue el reformado por Lord Phillimore, elaborado conjuntamente con Root, sobre la base de la propuesta de Descamps. Sin embargo, si se analizan en forma detallada, en realidad, los puntos de vista de Lord Phillimore no fueron muy diferentes de los del Baron Descamps. Ese fue el origen del presente Artículo 38.1 c) del Estatuto de la CIJ (Becerra, 2017, pp. 76-77).

El resquemor hacia los jueces estuvo presente en las ideas de Verdross (1957, p. 122). Para el tratadista alemán, de la génesis del Artículo 38 se desprende que la comisión encargada de la redacción del primer estatuto comprendía por PGD a los que ya habían sido reconocidos *in foro doméstico* por los pueblos civilizados, pues no se quería conceder al tribunal plena libertad en la determinación del Derecho, sino vincularlo a principios jurídicos que habían alcanzado ya una objetivación.

En la más selecta doctrina cubana, Sánchez de Bustamante (1945, p. 14) entendió a los PGD en el ámbito *iusinternacional* como los resultados inmediatos de la labor científica manifestada en las publicaciones de los jurisconsultos (incluida, también, la tarea profesional en las cátedras especializadas) y las obras de las asociaciones internacionales, para concluir que aquellos se insertan, *ab intra* de su clásica diferenciación entre *fuentes testificativas y generadoras*, en los predios de estas últimas.

En su *Manual de Derecho internacional público*, el ilustre jurista expresó:

[...] se consideran como fuentes aquellos elementos de orden intelectual o material de que procede o en que se encuentra el Derecho Internacional Público. Y este empleo de dos verbos, de acepción muy conocida en nuestro idioma, responde a la clasificación siguiente. Hay que separar las fuentes generadoras de las testificativas, entendiendo que son generadoras aquellas de que nacen inmediata y directamente las reglas aplicables a las relaciones jurídicas internacionales, y testificativas las que contienen y señalan con certeza las mencionadas reglas jurídicas, dando de ellas testimonio. De las primeras procede el Derecho Internacional Público, sin que constituyan su fundamento, y en las segundas se encuentra establecido y regulado. Como generadoras hay que colocar en primer término la voluntad expresa o tácita de los Estados, que se revela a su vez en una serie de fuentes. Eso sucede con la costumbre en cuanto a su formación misma, con la correspondencia y las negociaciones diplomáticas y con los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial nacionales, dentro de los límites de la competencia de cada uno. Después importa mencionar la ciencia y como integrante de ella las publicaciones de los jurisconsultos y la obra de las asociaciones internacionales y de los profesores desde sus cátedras. Su inmediato efecto y resultado son los principios generales del Derecho. En el orden internacional han actuado como fuentes generadoras la Asamblea y el Consejo de la Sociedad de las Naciones en su doble función legislativa y ejecutiva, las conferencias panamericanas, las comisiones y conferencias especiales de carácter oficial y extraoficial para la preparación y concertación de tratados y convenios, las comisiones y tribunales internacionales y el Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Como fuentes testificativas deben figurar la costumbre internacional ya conocida y vigente, la propia correspondencia y negociaciones diplomáticas en su aspecto público y privado, la legislación y jurisprudencia nacionales, la legislación internacional especialmente en su forma de tratados y convenios, la jurisprudencia internacional y particularmente hoy la del Tribunal Permanente de Justicia, la historia

de las relaciones entre los Estados y de los hechos jurídicos o jurígenos internacionales, y la ciencia en su aspecto objetivo [...]. (Sánchez de Bustamante, 1945, p. 14).

Otro profesor cubano, el *iusprivatista* y mercantilista Dávalos Fernández (2006, p. 25) ha criticado la clasificación bustamantiana por considerar que «la fuente del Derecho lo genera, ¡no lo testifica!», razón que lo lleva a proponer la sustitución del término *testificativas* por el de *elementos auxiliares de las fuentes*.

En lo que al tema de este estudio interesa, es consecuente asumir como limitada la interpretación del padre de la *Escuela de La Habana*, pues muestra un análisis incompleto sobre las posibilidades constructivas de los PGD, en tanto identifica factores que, si bien pueden dar al traste con su definitiva configuración, no son los únicos que toman presencia en este complejo proceso, al menos, potencialmente.

Ahora bien, en lo que concierne a la determinación de la relación de los PGD con el resto de las fuentes del DI, es forzoso admitir que el criterio predominante no es el jerárquico. Es decir, estos principios no solo se aplican en defecto de tratados o costumbres acomodables al caso, sino que, también, desempeñan un importante rol de sostén y guía de todo el ordenamiento internacional. Esta realidad fue desconocida por Podesta, quien le negó a los PGD el sitio de fuente directa del DIP, al catalogarlos como *otras fuentes o medios de manifestación indirecta* (1943, pp. 11-12).

Para Quadri, según advierte Velázquez (2012), los PGD presentan una importancia mayor, exponencialmente, que los tratados y la costumbre en el ámbito de lo *iusinternacional*, pues

[...] tienen un rango absolutamente superior, y sería así, por tanto, no la tercera fuente, la fuente supletiva, como se cree comúnmente, sino la fuente primera y principal [...]. Los principios tienen naturalmente una fuerza superior a la de todas las otras normas, con inclusión de los tratados y la costumbre [...]. Si el acuerdo y la costumbre constituyen procedimientos de producción jurídica internacional, es debido exclusivamente a que dos principios, el principio *pact sunt servanda* y el principio *consuetudo est servanda*, prevén tales procedimientos como idóneos para crear Derecho. Trátese, por tanto, de normas de

segundo grado, subordinadas a los principios de que derivan su fuerza obligatoria, y no deben estar en contradicción con aquéllos [...]. (p. 422)

Sin restar importancia a estos dos principios, debe precisarse que no se puede establecer una relación jerárquica entre ellos y otras normas de DI. Estos, como todos los principios, sirven de fundamento al resto de las normas, pero eso no implica que, en caso de antinomia, deban prevalecer sobre ellas. Por otro lado, no todas las normas de DI tienen su fundamento en principios. Sirva de ejemplo el carácter imperativo de las normas de *ius cogens*, que no se fundamentan en la obligatoriedad de lo pactado ni de lo practicado, sino en la aceptación unánime de la comunidad internacional. Además, si la lógica que subyace a esa supuesta jerarquía fuera cierta, todos los principios, en tanto fundamento de las reglas, serían jerárquicamente superiores a ellas, afirmación que no se sostiene.

Gonçalves (2011) defiende la primacía de los principios por considerar que, dada su matriz axiológica, irradian el contenido y las posibilidades de construcción, interpretación y aplicación del resto de las fuentes del DI. En palabras de este autor:

[...] Os princípios gerais do Direito e os princípios gerais do Direito Internacional deveriam ter precedência sobre as demais fontes do Direito das Gentes, por conterem os preceitos que consagram os principais valores que a ordem jurídica internacional pretende resguardar e que, nesse sentido, orientam a construção, interpretação e aplicação de todo o arcabouço normativo do Direito das Gentes [...]. (p. 70)²

La progresión en sede doctrinal e institucional, en lo que interesa a la importancia de la dimensión principalista sobre la regulación de las relaciones internacionales, ha conllevado a interesantes manifestaciones, entre ellas, la *Declaración sobre los Principios de Derecho internacional, referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los*

² En español: Los principios generales del Derecho y los principios generales del Derecho Internacional deberían tener precedencia sobre las demás fuentes del Derecho civil, por contener los preceptos que consagran los principales valores que el orden jurídico internacional pretende resguardar y que, en ese sentido, orientan la construcción, interpretación y aplicación de todo el marco normativo del Derecho civil. (Trad. del equipo editorial de *Justicia y Derecho*).

Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, adoptada el 24 de octubre 1970, por la Resolución 2625/XXV de la A.G., que desarrolló los siete principios establecidos en el Capítulo I de la Carta de la ONU, de 26 de junio de 1945, a saber:

- I. Que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas (Artículo 1, apartados 1, 2, 3 y 4).
- II. Que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacional, ni la justicia (Artículo 2, apartado 3).
- III. Que los Estados tienen la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta (Artículo 2, apartado 7).
- IV. La obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta (Artículo 1, apartados 3 y 4).
- V. El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos (Artículo 1, apartado 2).
- VI. El principio de la igualdad soberana de los Estados (Artículo 2, apartado 1).
- VII. El principio de que los Estados cumplirán las obligaciones contraídas por ellos de buena fe, de conformidad con la Carta (Artículo 2, apartado 2).

Amén de su uso en este artículo, no debe olvidarse que se trata de una resolución de la A.G. de la ONU y, por eso, no es vinculante. Aunque es un referente a tener en cuenta, el desarrollo que hace de los principios de la Carta no es, salvo prueba en contrario, DI exigible a los Estados. Para que alguno de sus preceptos —no contenidos en la Carta de la ONU— lo fuera, tendría que manifestarse en una costumbre jurídica internacional o convertirse en *ius cogens*. A falta de esas circunstancias se trata de *soft law*, cuyo cumplimiento queda reservado a la voluntad de los Estados.

IV. CONCLUSIONES

Con la consagración de los principios generales como fuente efectiva del Derecho en un texto de vinculación internacional de tal magnitud, como es el Estatuto de la CIJ, se asiste a un franco proceso de universalización de aquellos, lo que, a la vez, constituye el reconocimiento de su rica raigambre histórica, utilidad funcional e infranqueable necesidad, como elementos fundantes de los ordenamientos jurídicos nacionales y el ordenamiento jurídico internacional, instrumentos de interpretación jurídica e inestimables complementos que asisten a la evidente insuficiencia de la ley y la costumbre, según el caso, para brindar respuestas reguladoras a todas las situaciones sociales que se pueden presentar ante el juzgador y que este tiene la obligación de resolver, mediante la aplicación del Derecho.

En esta dirección, se suscribe la postura de Kolb (2016, p. 21), quien enumeró ocho funciones de los PGD en los marcos del DI que pueden ser colocadas, explicativamente, como epítome de este artículo.

Tienen la función de unificar el estatuto legal, donde el DI, no obstante sus diferentes ramas, permita alcanzar una gran fluidez de una de las ideas fundamentales que puede ser transportada, de manera analógica, de una rama a la otra, de un sistema legal a otro.

Flexibilizan el sistema legal, puesto que permiten que no solo existan reglas fijas; ya que son como las ruedas del sistema de fuentes que le permiten alcanzar resultados adecuados.

Son catalizadores de valores del sistema legal, ya que tienen como objetivo transportar consideraciones de valor dentro del sistema legal, tal como hace el autor antes invocado con el principio de buena fe, que lleva en sí la idea de honestidad y fidelidad a la promesa.

Los PGD tienen un papel predominante en la dinámica del desarrollo del Derecho, al llenar lagunas y en la transportación de las situaciones no claras.

Cumplen una función importante de interpretación y de reforma de la norma y, aun más, de su cambio.

En algunas ocasiones, sirven como complemento de las reglas legales; tal es el caso de la legítima defensa, que no es posible aplicarla sin tomar en cuenta los principios de *necesidad* y *proporcionalidad* para determinar su procedencia.

Sirven como un facilitador de los compromisos. Esto se refiere a que cuando la negociación de un tratado llega a un punto de *callejón sin salida*, entonces *es posible, acordar sobre algunos principios generales, dejando la solución concreta para el futuro*. Por ejemplo, se podrá negociar la inserción de algunos principios como la buena fe y abuso del derecho, para que en el momento de aplicar tal o cual tratado se alcance un equilibrio de interés; es decir, estos principios dan la pauta para alcanzar un ajuste razonable de intereses, a la manera de Becerra (2017, p. 32).

Los PGD se deben diferenciar, como se hace en la doctrina, de los principios del DI. Estos son normas de DI de origen consuetudinario y se refieren, también, a los principios contenidos en la Carta de San Francisco, en su Artículo 2, y la resolución de la A.G. de la ONU sobre los principios de DI (1970), entre otros, con una vida paralela a las normas consuetudinarias.

V. REFERENCIAS

- Acosta Alvarado, P. A. (Julio-diciembre, 2010). Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional. *Revista Derecho del Estado*, (25), 193-219. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630235007>
- Anzilotti, D. (1995). *Curso de Derecho internacional*. Reus.
- Becerra Ramírez, M. (1991). *Derecho internacional público*. UNAM.
- Becerra Ramírez, M. (2017). *Las fuentes contemporáneas del Derecho internacional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Bellei Tagle, C. (2015). ¿Existen aún disputas internacionales no justiciables en virtud de su carácter político? La práctica de la Corte Internacional de Justicia. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* [on line], 15, 93-135. <https://www.scielo.org.mx>
- Campetti Amaral, R. (2010). *Direito internacional público e privado*. Verbo Jurídico.

- Carrillo Salcedo, J. A. (1998). El fundamento del Derecho internacional: algunas cuestiones sobre un problema clásico. *Revista Española de Derecho Internacional*, 50(1), 13-32.
- D'Estéfano Pisani, M. A. (1965). *Derecho internacional público*. Editorial Universitaria.
- Dávalos Fernández, R. (2006). *Derecho internacional privado. Parte general*. Félix Varela.
- Diez de Velasco, M. (2007). *Instituciones de Derecho internacional público*. Tecnos.
- Gonçalves Portela, P. (2011). *Direito internacional público e privado*. Jus Podivm.
- Halajczuk, B. T. y Moya Domínguez, M. T. (1999). *Derecho internacional público*. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Herdegen, M. (2005). *Derecho internacional público*. UNAM.
- Kolb, R. (2016). *Theory of international law*. Hart Publishing.
- Korovin, Y. A. (1963). *Derecho internacional público*. Grijalbo.
- Lauterpacht, H. (2011). *The function of the Law in the International Community*. Oxford University Press.
- Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (138), 3977-4069.
- Miaja de la Muela, A. (1955). *Introducción al Derecho internacional público*. Atlas.
- Moncayo, G. R., Vinuesa, R. E. y Gutiérrez Posse, H. D. A. (1990). *Derecho internacional público*. Zavalía Editor.
- Montes Ponades, V. (1991). *Código civil y legislación complementaria*. Tirant Lo Blanch.
- Orench y del Moral, M. A. (2004). *El Derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo. Los principios generales del Derecho internacional*. Comillas.
- Pastor Ridruejo, J. A. (1971-1972). Fundamentación y fuentes del Derecho internacional (distintas a los tratados) [Curso impartido en la Escuela Diplomática].

- Podesta, L. A. (1943). *Manual de Derecho internacional público*. Imprenta López Perú.
- Remiro Brotóns, A., Pérez Prat Durbán, L., Riquelme Cortado, R., Díez Hochleitner, J. y Orihuela Calatayud, E. (2007). *Derecho internacional. Curso general*. Tirant Lo Blanch.
- Schwarzenberger, G., (1953). Prólogo. En Cheng, B. *General principles of law as applied by international Courts and Tribunals*. Cambridge University Press.
- Tunkin, G. (1974). *Theory of International Law*. Harvard University Press.
- Velázquez Elizarrarás, J. C. (2012). Reflexiones generales en torno a la importancia de los principios del Derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 12, 407-453. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2012.12.403>
- Verdross, A. (1957). *Derecho internacional público*. Aguilar.
- Villiger, M. E. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Virally, M. (1973). *Manual de Derecho internacional*. Fondo de Cultura Económica.

RAZONABILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES: SU CONTRIBUCIÓN A UNA CULTURA DE PAZ

REASONABLENESS OF JUDICIAL DECISIONS: CONTRIBUTION TO A PEACE CULTURE

■ DR. ALIE PÉREZ VÉLIZ

Decano, Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades,
Universidad «Hermanos Saíz Montes de Oca», Pinar del Río, Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-5097-8520>

alieperez1977@gmail.com, alievez@upr.edu.cu

Resumen

El presente trabajo se acerca a la teorización en torno a la razonabilidad de las decisiones judiciales, y, en especial, a la argumentación de los llamados *casos difíciles*, desde el test de ponderación, como pretexto para la justificación de la trascendental contribución que aquellas pueden significar para fomentar una cultura de paz.

Palabras clave: Estado de derecho; razonabilidad de las decisiones judiciales; ponderación judicial; test de proporcionalidad; argumentación.

Abstract

This paper approaches the theorisation of the reasonableness of judicial decisions and, in particular, the argumentation of difficult cases from the weighting test, as a pretext for the justification of the transcendental contribution they can make to fostering a peace culture.

Keywords: Rule of law; reasonableness of judicial decisions; judicial weighting; proportionality test; argumentation.

Sumario

- I. Introducción; II. Razonabilidad de las decisiones judiciales: Aceramiento teórico; III. Especial referencia a las situaciones excepcionales; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Se presume que el juez es un profesional preparado, desde el punto de vista técnico-jurídico, ético y con una experiencia acumulada que le permiten desempeñar ejemplarmente la función de impartir justicia. Esa presunción dota a la actividad judicial, hasta cierto punto, de una legitimidad sustancial. La sociedad se forma una expectativa legítima de buena actuación, identificando el resultado de su actividad con la realización de la justicia.

En el modelo del *Estado legal*, el juez era la voz que pronunciaba el Derecho, ya previsto en un enunciado normativo por el legislador. Su actividad profesional se limitaba a una práctica exegética reproductiva de un esquema lógico de pensamiento llamado silogismo jurídico. El enunciado normativo de la ley contenía una estructura lógico-formal que se configuraba por una hipótesis de hecho o de derecho; una disposición, que contenía un operador deontico de prohibición, permisión y orden o mandato; y una sanción o consecuencia jurídica, en caso de que el destinatario de la norma no acatara lo previsto en el operador deontico.

El razonamiento del juez se limitaba, mediante dicho silogismo jurídico, a subsumir los hechos (premisa menor) en el enunciado normativo (premisa mayor) y, como resultado de esa correlación, atribuir una consecuencia jurídica (conclusión, fallo o decisión). La articulación de la premisa mayor con la menor, y la de ambas con la conclusión, se realizaba a través de acciones u operaciones lógicas de inferencia deductiva, inductiva o abductiva.

La eficacia del juez era meramente técnica, con base en esa metodología de interpretación y aplicación del Derecho, esencialmente positivista; y cualquier distanciamiento a estas prácticas lo convertían en sospechoso de incapacidad, o de intentar rebasar el límite de sus competencias, por asumir, desde la actividad jurisdiccional, el rol que le correspondería al legislador.

Sin embargo, desde la segunda mitad del siglo xx, ese paradigma comenzó a cambiar en los modelos europeos y latinoamericanos de actividad jurisdiccional. Ya el sistema de *common law* tendría un camino adelantado; por ello, no es de extrañar que muchos iusfilósofos anglosajones introdujeran importantes calificativos y categorías para cierto modelo de jueces o estilos de actuación judicial: activismo judicial o juez Hércules de Ronald Dworkin, por solo mencionar unos ejemplos.

A finales del siglo xx, se hizo más evidente la transición del modelo de *Estado legal* al de *Estado constitucional de derechos*, del Derecho político al Derecho constitucional, y de la Constitución, como programa político, a la Constitución, como norma jurídica de aplicación directa. También en la actividad jurisdiccional el neoconstitucionalismo significó un cambio de paradigmas.

Atendiendo a lo anterior, Villalonga (2019) plantea que

[...] el neoconstitucionalismo se encuentra en buena parte estructurado por una ficción análoga, a la que podríamos llamar el modelo del juez racional. Básicamente, en diversos autores ligados a esta corriente se asigna a la figura del juez una serie de atributos que no son empíricamente verificables, como su capacidad de interpretar la moralidad pública y de resolver los conflictos mediante una solución racional suficiente para persuadir a la ciudadanía. Este ideal de jurisdicción buscaría legitimar un rol más activo de los tribunales, en un proceso de ruptura con el sistema tradicional de separación de poderes. (pp. 765-766)

Si bien no puede acreditarse, más allá de toda duda razonable, que la Constitución cubana de 2019 se inscribe en los cánones formales del neoconstitucionalismo, la influencia sobre esta de algunas de sus ideas medulares es evidente. En las leyes de desarrollo esa influencia es más visible aun.

La Ley No. 140, «De los tribunales de justicia» [GOR-O, (137), 2021], en su Artículo 13.1 (pp. 3931-3932) postula el principio de supremacía constitucional, y ordena a los jueces la aplicación directa de la Constitución y su prevalencia sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía, en caso de colisión normativa. Este mandato contiene una complejidad técnica adicional en su aplicación: la Constitución no

está configurada solamente por normas-reglas, al estilo de la ley, sino que es atravesada por una buena cantidad de normas-valores, normas-principios, normas de derechos humanos y normas organizativas, a las cuales no se les puede aplicar el silogismo jurídico, sin más, típico del *Estado legal*, pues los resultados serían insuficientes, cuando no injustos, en la solución del caso concreto.

Del anterior análisis debe inferirse que el modo de razonamiento judicial en el nuevo paradigma del *Estado constitucional de derechos* cambió, para superar la exclusividad del silogismo y completarlo con otros procedimientos y pasos lógicos, como los contenidos en la teoría estándar de la argumentación jurídica: ponderación, proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones, entre otros. Este salto epistemológico, deontológico y exegético tiene una mayor connotación aun en un mundo signado por los conflictos y las crisis multidimensionales, expresadas de manera particular en la crisis de gobernabilidad y la amenaza a la paz, a las cuales el Derecho, en general, y la actividad judicial en particular, deben darle una respuesta. Adicionalmente, en este complejo escenario, con retos cada vez mayores para el juez,

[...] es frecuente, máxime considerando la saturación de causas que tienen los tribunales de las grandes urbes, que un juez incurra en errores, por ejemplo[,] resolver una causa con criterios meramente ideológicos, pronunciarse en contrario a la verdad que él conoce o simplemente aplicar mal el derecho. En sentido clásico, es factible que incurra [en] errores *in procedendo* (contravención de normas procesales), *in iudicando* (error de hecho y derecho) e *in cogitando* (vicios del razonamiento o falta de argumentación lógica). (Sánchez, 2016, p. 126)

El objetivo de este artículo es profundizar en la razonabilidad de las decisiones judiciales y su contribución a una cultura de paz.

II. RAZONABILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES: ACERCAMIENTO TEÓRICO

Como se ha dicho, no es apresurado afirmar, sin vacilación alguna, que la aplicación e interpretación que realicen los jueces del ordenamiento jurídico reviste una connotación esencial en la preserva-

ción de la paz social y la seguridad jurídica. Pero la naturaleza que imprime la constitucionalización del ordenamiento en la dinámica del juez, para la solución de los casos, se complejiza cada vez más: la colisión de normas-principios, normas-valores o derechos humanos no puede resolverse mediante el procedimiento ordinario del silogismo y, como se ha dicho, el juzgador debe recurrir a otros procedimientos y pasos de solución.

Como plantea Sánchez (2016):

Efectivamente, los enunciados constitucionales no entran en colisión en abstracto sino en el asunto en concreto, y esto exige «interpretar». La actividad volitiva, la llevan a cabo los jueces y, en general, todos los operadores jurídicos, y en ella, se decide el sentido que el enunciado jurídico ha de tener para resolver un caso concreto, poseyendo un carácter vinculante, mediante la norma jurídica de concretización que vehiculiza en la decisión creando una norma para el caso concreto. (p. 128)

En todos los casos, es necesario destacar que en cualquier interpretación jurídica, sea con móviles prácticos o no, se optará por asignar siempre un sentido determinado a un enunciado normativo, o a un modelo jurídico, es decir, comportará una decisión. Y esta actividad se realiza a través de la justificación jurídica, esto es, aportando razones a favor de un determinado sentido. En la base de esa operación lógica está el fundamento de la razonabilidad judicial.

En igual sentido, expresa Sánchez (2016):

La interrogación que podemos esbozar es la siguiente: ¿existen supuestos en los que el significado viene ya dado por el enunciado normativo de manera que el juez no interpreta, sino que únicamente realiza una operación lógica de deducción? Con ello, colegimos otro interrogante ¿en los casos en los que el sentido aparece claro en el texto, no es necesario interpretar? Desde nuestra posición, la respuesta ha de ser negativa. La atribución de sentido pertenece a otro lenguaje y, por lo tanto, tiene características propias que son distintas a las del lenguaje normativo. (p. 128)

El planteamiento anterior viene marcado por el debate sobre los llamados *casos difíciles*, en contraposición a los *casos fáciles*. Cierto sector de la doctrina asume que solo en los casos difíciles hay que

realizar una interpretación del Derecho, pues es donde no queda clara la consecuencia jurídica que atribuye la norma a esos supuestos; o la propia subsunción de los hechos a la norma se convierte en una problemática, a partir de la ambigüedad de los descriptores contentivos de la hipótesis de hecho o de derecho del enunciado normativo. Sin embargo, va ganando terreno la consideración de que esa división es imprecisa, cuando no artificial.

Por otro lado, hay una corriente que plantea que,

[...] frente a los casos difíciles hay una forma correcta de decidir, al menos, más amigable con la predictibilidad que apuntala la seguridad jurídica en el marco decisional. Es evidente que el juez no puede decidir a su antojo, sino que debe guiarse por principios (entendidos como mandatos de optimización) y aplicar el juicio de ponderación, justificando la decisión en términos de corrección, ya que en abstracto los principios gozan del mismo rango, pero en el particular, son incompatibles. En consecuencia, no existe de manera preexistente un orden jerárquico vinculante entre los principios que indique la manera de resolverse el conflicto. La faena judicial consiste en encontrar los argumentos por los cuales un principio será más «pesado o valioso» que otro en el asunto concreto, sin que esto implique la invalidez del principio desplazado. (Sánchez, 2016, p. 129)

Hay consenso sobre la necesidad de interpretación normativa en todos los casos, particularmente a partir de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, en el que las normas constitucionales, fundamentalmente las normas-valores y normas-principios son de aplicación directa en la solución de los conflictos legales. Estas normas son, generalmente, normas abiertas o mandatos de optimización que, a diferencia de las normas-reglas, no tienen claramente definida una estructura lógico-formal conformada por una hipótesis, una disposición y una consecuencia jurídica o sanción.

La llamada teoría estándar de la argumentación de Robert Alexy no niega la valía del silogismo jurídico, incluso lo considera imprescindible, mas no suficiente para aportar las soluciones que el juez debe dar a los casos en el Estado constitucional. Al estar signado su trabajo por la necesidad de aplicar una norma-principio o una norma-valor a

la solución, el juez tiene que recurrir a la argumentación/construcción de significados normativos en el contexto del caso que resuelve; para ello, se vale de métodos y técnicas de razonamiento como la ponderación, el test de proporcionalidad, la tópica y la razonabilidad de las decisiones. Debe derivar la norma-regla aplicable o construirla a partir de la norma-principio o norma-valor.

El caso del método tópico o concretizador, como método particular de interpretación constitucional, conlleva un íter de pasos lógicos que permiten atribuir un significado más preciso a la norma constitucional: parte de la comprensión totalizadora del caso, pasando por la identificación y el análisis de la legislación aplicable; la valoración constitucional de esta; la definición de los enunciados que mejor se avienen al asunto (interpretación conforme); la resolución de los parámetros axiológico-constitucionales mejor refrendados. Este método se puede emplear por el juez y demás sujetos procesales en todos los casos que impliquen aplicación directa de la Constitución.

Otro de los métodos de interpretación constitucional es el de ponderación, como se ha reiterado. El término deriva del latín *pondus*, que significa «peso». Para los autores que lo fundamentan consiste, precisamente, en determinar el desplazamiento del peso entre dos derechos constitucionales en colisión, en un caso concreto. Los derechos humanos, subjetivos o fundamentales, son configurados en la Carta Magna con una proyección genérica, que no implica contradicciones en su previsión abstracta; pero la realidad social es más rica aun y existen derechos que pueden colisionar en su materialización en el sistema de relaciones sociales; ejemplo de ello son los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de un lado, y la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, del otro.

Puede ser que se den a conocer datos sensibles sobre una persona por los medios de comunicación, las redes sociales u otras vías de impacto masivo e inmediato en la opinión pública. Dicha divulgación puede ser interpretada por la persona afectada como una vulneración a su honor, intimidad personal o familiar, o su propia imagen. Por su parte, el medio o la persona que hizo la revelación puede alegar que su actuar estuvo sustentado en la libertad de expresión o en el derecho de acceso a la información por la ciudadanía. Si ambos

sujetos comparecen ante un tribunal de justicia y sustentan sus alegaciones en los postulados constitucionales, el juez estará, claramente, ante una disyuntiva: determinar cuál derecho prevalece y cuál no en el caso concreto; para ello ha de precisar el desplazamiento del peso de protección constitucional.

La llamada *Ley de ponderación* es una regla de análisis que supone un conjunto secuenciado de pasos para determinar, científicamente, el desplazamiento del peso de protección constitucional en el caso concreto. Primero, se deben apreciar o determinar los principios o derechos en pugna (*¿cuáles son?*), y tasar el grado de afectación en el caso; después, se ha de definir el grado de no satisfacción de uno de ellos *versus* el nivel de afectación del otro, valorando si la satisfacción del primero justifica la afectación del segundo, si hay una relación de causalidad necesaria entre satisfacción y afectación; seguidamente, se debe evaluar y concretar en significantes la afectación del principio, determinando un cociente que exprese el peso de esta en abstracto y en el ámbito social específico, en el contexto del caso concreto. Finalmente, se debe argumentar o fundamentar, razonadamente, la decisión que se adopta. Como puede apreciarse, la ponderación supone, en sí, la razonabilidad de la decisión.

El test de proporcionalidad es otro método específico de interpretación constitucional; se utiliza como recurso para determinar, racionalmente, la constitucionalidad de normas y actos de los poderes públicos que, presumiblemente, vulneran o restringen derechos humanos. Por lo general, este método se emplea con la finalidad de verificar la derrotabilidad de una norma o acto con las características antes planteadas, o no. El test de proporcionalidad concibe varios pasos lógicos: Determinar si la restricción del derecho responde a un fin legítimo; si ella es idónea para logar dicho propósito; si la limitación es la alternativa que menos afecta el enunciado iusfundamental; si hay correspondencia entre la intervención y los resultados; si existe ponderación entre el interés público defendido y el interés individual afectado; o si la restricción trasciende al contenido esencial del derecho implicado.

En cuanto al método, técnica o test de razonabilidad, hay que plantear que existen diferentes puntos de vista en la doctrina foránea. En Cuba, en el caso particular de la Ley No. 141, «Código de procesos»

[GOR-O, (138), 2021], si bien no se emite una definición de razonabilidad, se disponen contenidos afines en los artículos 147 y 149.1. El primero lo hace para identificar las providencias como aquellas resoluciones judiciales destinadas al impulso procesal «[...] o que no requieran dictarse de forma razonada [...]», mientras que, en el segundo, se estipula que «adoptan la forma de autos las resoluciones que deban dictarse de forma razonada, según lo dispuesto en este Código o de acuerdo con su naturaleza [...]» (pp. 4000, 4001). Sin embargo, en otros artículos se abordan categorías afines como racionalidad —Artículo 14, p. 3979. Pero la alusión a estos términos no implica, necesariamente, el uso de un test de razonabilidad, con todo el rigor técnico jurídico que ello implica.

Hay consenso en la doctrina, principalmente desde la expansión del Estado constitucional de derechos, de que las decisiones judiciales sean razonadas, entendido este criterio como un estándar, una directriz de actuación de la judicatura. Al respecto, plantea Sánchez (2016):

Axiomáticamente, se pregoná que «lo razonable» sea claro y conforme al sentido común. En su mérito, el lenguaje por el cual se concretiza la decisión, debiera ser comprensible para el ciudadano, desde luego que sin perder de vista [que] la logicidad del decisorio guarde una estrecha cercanía cognoscible para el justiciable. (p. 139)

Otros autores, como Atienza (1987), definen los requisitos que debe cumplir una decisión judicial para ser razonable:

1) Se toma en situaciones en que no sería aceptable o no se podría adoptar una decisión estrictamente racional; 2) Logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión y 3) Es aceptable por la comunidad. (p. 193)

Por su parte, comporta que, para que una decisión cumpla con el requisito de estricta racionalidad, ha de seguir los siguientes parámetros: Respetar las reglas de la lógica deductiva; respetar los principios de la racionalidad práctica: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; ser adoptada sin eludir la utilización de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante; no ser adoptada sobre la base de criterios éticos, políticos, etc., no previstos espe-

cíficamente por el ordenamiento jurídico (aunque pudieran estarlo genéricamente).

Sin embargo, a juicio de este autor hay cierta limitación en los planteamientos de Atienza, en el sentido de que, para él, la razonabilidad no se plantea en relación con casos claros o rutinarios, sino a propósito de los llamados *casos difíciles*. El filósofo hispano entiende como tales aquellos asuntos que no tienen solución aplicando criterios de racionalidad estricta, o los que tienen una solución que resultaría inaceptable, o tienen diversidad de soluciones incompatibles entre sí.

Según Sánchez (2016):

La decisión es razonable en cuanto guarde un cuidadoso equilibrio y el mayor consenso posible en la sociedad, superando las dificultades propias del caso. En este sentido es potable reflexionar sobre la propuesta consecuencialista de MacCormick, quien intelige como preferente la alternativa X sobre Y, porque produciría mejores resultados. La razonabilidad argumental de la decisión supone «coherencia» con el sistema jurídico integralmente concebido, lo que de antemano exige al juez que su resolución resista los controles de constitucionalidad y convencionalidad, en un ejercicio contemporizador del diálogo de fuentes. (p. 140)

Si se tienen en cuenta los criterios anteriormente esbozados, la razonabilidad depende, en gran medida, más que del cumplimiento de los requisitos de la lógica formal, del nivel de aceptación general que tenga la decisión. Sin embargo, debe aclararse que esta posición, casi extrema, a juicio del autor, depende más de la pretensión de servir de soporte a un desarrollo de la teoría estándar de la argumentación jurídica, que de la naturaleza intrínseca propia del «fenómeno jurídico» razonabilidad. Por lo anterior, es preciso indagar sobre otros posicionamientos teóricos relativos al tema estudiado.

Para otro sector de la doctrina, la razonabilidad se identifica con la proporcionalidad; esta noción surge en el Derecho anglosajón, desde donde se traslada al alemán, y consiste en un conjunto de test que se emplean con determinada finalidad específica: restricción de derechos, por ejemplo. Para estos autores, la diferencia entre uno y otro solo está en su denominación, según los distintos contextos. Mientras los anglosajones prefieren el término de *razonabilidad*, los

alemanes optan por el de *proporcionalidad*. Al respecto se ha expresado que «en buena medida, la idea de razonabilidad o proporcionalidad se desarrolló precisamente a partir de esta lógica o finalidad, determinar si una restricción de derechos era razonable o proporcional» (Vázquez, 2018, p. 55).

En la tesis de lo anteriormente planteado, razonable o proporcional es aquello que está suficientemente justificado, que no es arbitrario. Sin embargo, tampoco faltan autores que prefieren distinguir la razonabilidad de la proporcionalidad, y ambos de la racionalidad. Más aguda se hace la diferenciación entre razonabilidad y racionalidad; al respecto, plantea Vázquez (2018) que

la diferencia entre estos dos conceptos es que el segundo se sustenta en una lógica instrumental, en la adecuación de los medios con respecto a los fines buscados, siempre con los límites de información correspondiente mientras que el primero hace referencia al control de lo justo. (p. 26)

Los estudiosos que postulan el uso del test de razonabilidad justifican su empleo en la necesidad de evitar la arbitrariedad del juez, si este es completamente libre en tomar la decisión. No es un secreto que una de las principales críticas que se le formulán al Estado constitucional de derechos consiste en el peligro de que la judicatura pretenda sustituir el papel del legislador democrático, y crear Derecho, más allá de sus competencias constitucionales.

El test de razonabilidad es configurado por ellos a través de la construcción de un conjunto de categorías articuladas entre sí, para producir determinado fin predecible, o con cierto grado de predictibilidad, en oposición a los riesgos de una imprevisión decisoria absoluta, que incluso pueda tornarse arbitraria. Esas categorías del test están integradas alrededor de un objetivo específico, de criterios o categorías objetivas, que se aplican de forma prudencial, a partir de las circunstancias concretas del caso. La objetividad de esas categorías o criterios está determinada porque anteceden al caso y tienen un carácter relativamente inmutable.

La identificación del tipo de criterios o categorías a emplear en los distintos test constituye un elemento fundamental en la aplicación de la razonabilidad como herramienta argumentativa. Esta se concreta en un conjunto coherente de preguntas, cuestiones o aspectos

que deben ser observados por el juez que resuelve un caso; es la forma o modo de verificar si una determinada decisión u omisión es razonable. Esta determinación de lo razonable se torna prudencial porque apela a determinar qué es lo más justo a decidir en el caso concreto.

Los autores señalados exponen un conjunto de criterios a evaluar (Vázquez, 2018, pp. 29-30) en los supuestos específicos de restricción de derechos:

1. Análisis del principio de legalidad.
2. Análisis del principio de legitimidad (Constitucional e internacional) del objetivo de la restricción.
3. Análisis del principio de necesidad del objetivo para una sociedad democrática.
4. Análisis de la racionalidad causal, idoneidad o adecuación.
5. Análisis del principio de necesidad.
6. Análisis del principio de proporcionalidad en el sentido estricto.
7. Verificación de que la restricción no lleve a la anulación del derecho.

También el test de razonabilidad se puede emplear ante la necesidad de determinación del núcleo de un derecho (Vázquez, 2018, p. 30), para decantarlo del área de sus contornos reguladores. En este sentido, pueden formularse también en forma de preguntas o interrogantes:

1. ¿Cuál es la finalidad última del derecho que se está analizando?
2. ¿Sin qué obligaciones, la finalidad del derecho en cuestión definitivamente pierde sentido?
3. ¿Cuál es el contexto de restricciones materiales y limitaciones de política pública para hacer efectivo el contenido esencial del derecho?
4. ¿Hay mecanismos establecidos para determinar prioridades en el marco de esas restricciones? ¿En esas prioridades, se considera el contenido esencial del derecho y las personas en situación de vulnerabilidad?
5. ¿Cuáles son los costos que se deben asumir para cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho?
6. ¿Cuáles serían las circunstancias para cumplir de forma inmediata con el contenido esencial del derecho (considerando no solo al

demandante, sino a todos los que pudieran estar en esa misma condición)?

7. ¿Qué impacto tiene la denegación de derechos específicos sobre las personas cuyo ejercicio de derechos es vulnerado?

8. ¿Qué tipo de órdenes se podrían establecer para cumplir con el ejercicio efectivo del contenido esencial del derecho?

La aplicación del test de razonabilidad se concibe, básicamente, allí donde se debe sopesar la situación específica de personas y grupos en contextos de posible colisión de derechos o finalidades jurídicas, donde se impone realizar un balance de los intereses, incluidos supuestos de realización de control de constitucionalidad. En tal sentido, la aplicación de un test de razonabilidad implica siempre la existencia de un caso concreto, por lo que nunca procederá una razonabilidad abstracta.

Otra cuestión importante en la aplicación concreta del test de razonabilidad es la de la carga probatoria que implica. El argumento de razonabilidad, *strictu sensu*, se aplica a la determinación del sentido y alcance de normas-principios, normas-valores o derechos humanos en colisión, casos en los que debe determinarse el desplazamiento del peso de uno de ellos; esto es, en esencia, un problema de interpretación y aplicación del Derecho. Pero, en la razonabilidad, no basta con la exposición de las *buenas* razones que inclinan la balanza, también hay que *razonar* los hechos que justifican esas razones.

Para la razonabilidad de la prueba se exige contar con mecanismos probatorios, principalmente pruebas periciales idóneas. Al respecto, plantea Vázquez (2018):

Este punto se torna complejo debido a que muchos de los casos requerirán pruebas de racionalidad o adecuación (relación causal entre los medios y los fines), de necesidad (que la medida es imprescindible para el fin buscado y no hay alternativa) y de estricta proporcionalidad (que no hay forma de que la medida sea menos gravosa). (p. 32)

Se recomienda que, en los casos en que se aplique el test de razonabilidad en torno a conflictos suscitados por afectación del núcleo de determinados derechos (contenido esencial mínimo exigible), asuntos de progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de re-

cursos disponibles, los tribunales conocedores traten de recopilar la mayor cantidad de material probatorio posible, ya sean informes de instituciones o agencias gubernamentales, o dictámenes periciales, y de auxiliarse de la experiencia de instituciones académicas e investigativas.

Pero cabe una pregunta en el desarrollo de esta exposición: ¿Para qué pueden o deben utilizarse los test de razonabilidad? Al respecto, existen distintas posiciones doctrinales, todas con una dosis de certidumbre apreciable. Lo que es tendencia en el análisis y, por lo tanto, criterio mayoritario en la doctrina legal, es que existen varios tipos de test de razonabilidad: cada uno se ajusta a la pretensión concreta del justiciable y la finalidad que se impone con ello al órgano de impartición de justicia. Por lo general, se acepta que existen test de razonabilidad específicos para las siguientes cuestiones: identificar el núcleo de protección de un derecho humano; determinar la validez y legalidad de una restricción de un derecho humano en la realización de un objetivo gubernamental, contenido en una política pública o no; revisar una acción gubernamental que se cuestiona ajustada a los principios de progresión y no regresión de derechos humanos; determinar el carácter discriminatorio de un trato diferenciado a un grupo, comunidad o clase de sujetos, o no.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LAS SITUACIONES EXCEPCIONALES

La anterior lista solo ilustra una relación de *numerus apertus* de los supuestos en que puede y debe aplicarse el test de razonabilidad. En el período de la pandemia de la COVID-19, los Estados tuvieron que restringir determinados derechos, con vista a la protección de otros de interés colectivo, como la salud y la vida. En esas condiciones aparecían, con mucha frecuencia, situaciones que requerían una intervención restrictiva de movilidad o accesibilidad, sin que el ordenamiento jurídico hubiera previsto de antemano cómo proceder, incluso, en contextos de alto desarrollo de las regulaciones jurídicas de situaciones excepcionales. Los conflictos que generó esa realidad han servido de pautas para el empleo del test de razonabilidad en situaciones de crisis.

Debe referirse que los estados de excepción, vistos desde el Derecho constitucional, son etapas transitorias de anormalidad constitucional orientadas, únicamente, a la restauración de la normalidad constitucional. No pueden concebirse para perpetuar la excepcionalidad o un determinado ejercicio autoritario del poder, sino como la única garantía de retorno al funcionamiento ordinario de las instituciones democráticas.

Se impone, entonces, analizar si los modelos o las alternativas no basados en la razonabilidad satisfacen las exigencias del razonamiento judicial para valorar la restricción de derechos en situaciones excepcionales y argumentar la decisión en cada caso, conforme al modelo del judicialismo argumentativo. La consideración del autor es que ninguno de estos modelos o alternativas supera las posibilidades que ofrecen los test de proporcionalidad o razonabilidad. En primer lugar, porque tanto el modelo basado en la categorización como el de los derechos absolutos, el de protección del núcleo del derecho fundamental y el dual se conciben para situaciones normales, estables y con grados mayores de previsión de resultados, que las condiciones circunstanciales que imponen las situaciones excepcionales.

Unido a lo anterior hay que señalar limitaciones específicas para cada modelo o alternativa no basado(a) en el test de razonabilidad. Uno de estos modelos es el que defiende una posición de prevalencia absoluta de los derechos, basada en la reserva de ley, que atribuye a quien detenta la función legislativa el establecimiento de límites, limitaciones o restricciones a aquellos, siempre que no debiliten el contenido esencial mínimo exigible, lo cual contradice la idea de los derechos como escudos de protección frente a la voluntad inestable de las mayorías. Los defensores del modelo planteado rechazan el control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos de creación del Legislativo, sobre todo, en las llamadas *situaciones excepcionales*, momento en que el Parlamento transfiere muchas de sus competencias al Gobierno.

El modelo de protección del núcleo del derecho fundamental tiene su mayor dificultad en la ausencia de una técnica clara y universalmente válida para poder separar el contenido del *núcleo de la periferia* en un derecho fundamental, pues los límites son bien difusos y están determinados en gran medida por el contexto de actuación.

Esa labor de delimitación entre *núcleo* y *periferia* sería especialmente contraproducente en situaciones excepcionales, en las que la potencialidad para la vulneración de derechos es muy alta y se requiere de un control jurisdiccional.

Por otra parte, el modelo dual lo que hace es establecer una división entre conflictos de primer orden, que se verifican entre derechos fundamentales en colisión, a los que se les aplicarían las reglas de la proporcionalidad o razonabilidad en sentido estricto, y conflictos de segundo orden, a los que nunca les serían aplicables aquellas; estos son los que pueden darse entre un derecho fundamental y un interés público protegido. Desde esa perspectiva, toda restricción a los derechos en situaciones excepcionales estaría fuera de controversia jurídica, lo que no tendría sentido desde la lógica de «la valoración de la constitucionalidad a la restricción de derechos fundamentales y de la adecuada argumentación de las decisiones judiciales» (Pérez y Montesino, 2021, p. 209).

En cuanto al modelo basado en categorías jurídicas, debe comentarse que para un grupo de derechos, ubicados en el nivel mínimo de escrutinio, se permite la imposición de restricciones sustanciales, lo cual no sería permitido bajo el modelo de la proporcionalidad o razonabilidad. «Para los derechos del nivel mínimo basta con que el fin perseguido sea un interés público legítimo y que el medio elegido para alcanzar tal interés tenga una base racional» (Pérez y Montesino, 2021, p. 209). En situaciones excepcionales, cumplir con estos requisitos sería fácil, lo cual crea un marco apropiado para una restricción ambiciosa a un amplio grupo de derechos.

Pero como se ha planteado, el cumplimiento de los requisitos formales no es suficiente para determinar la corrección de la actuación de los órganos del Estado y, en particular, de la Administración, en los estados de excepción para los supuestos en que se restringen derechos. Se acepta universalmente que en los Estados de derecho se requiere, además, un plus de cumplimiento, relativo a requisitos sustanciales de corrección de las medidas restrictivas de derechos humanos o fundamentales.

Particularmente importantes son estos requisitos sustanciales para la actuación de los tribunales de justicia, cuando enjuician hechos en los que se han restringido derechos, en el marco de los estados o situaciones excepcionales. Los sistemas de justicia más avanzados han op-

tado por la aplicación del test de proporcionalidad o razonabilidad, como metodología objetiva para valorar y argumentar resoluciones judiciales en los estados de excepción. Esta metodología se inscribe entre las formas más desarrolladas de funcionamiento del paradigma argumentativo.

Por su parte, el jurista de origen israelí Aharon Barak (2017), abordando el test de razonabilidad o proporcionalidad, refiere:

La proporcionalidad es una construcción jurídica. Ella es un instrumento metodológico. La proporcionalidad está compuesta por cuatro componentes: el fin adecuado, la conexión racional, los medios necesarios, y la relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la vulneración al derecho fundamental (este último componente se denomina también *proporcionalidad en sentido estricto* o ponderación). (p. 159)

Estos cuatro componentes se conciben como el núcleo autorizante de la cláusula restrictiva; su cumplimiento constituye la justificación racional de la restricción de derechos humanos o fundamentales y verifica la constitucionalidad de tal medida restrictiva. Ellos «son la base para determinar si una restricción o limitación de un derecho es proporcional y, por tanto, constitucional» (Pérez y Montesino, 2021, p. 212). Es la base de la razonabilidad para cada caso concreto de restricción de derechos humanos en situaciones excepcionales.

Cuando existe la restricción de un derecho, particularmente en los llamados estados o situaciones de excepción, los jueces que examinan los casos deben valorar la importancia social del beneficio que se logra con la realización adecuada de la medida restrictiva; y si esta importancia es mayor que la importancia social de evitar la vulneración causada por la restricción del derecho humano o fundamental, entonces puede concluir que la restricción al derecho es proporcional [y, por ello, constitucional]. (Pérez y Montesino, 2021, p. 212)

Pero no basta con esta valoración general, hay que desentrañar paso por paso cada uno de los cuatro componentes del test de razonabilidad.

Como plantean Pérez y Montesino (2021),

[...] la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación supone un juicio comparativo entre la importancia social del beneficio que se logra con la realización adecuada de la medida restrictiva y la importancia social de evitar la vulneración causada por la restricción al derecho humano o fundamental. Si triunfa la importancia social del beneficio que se logra con la realización adecuada de la medida restrictiva, entonces la restricción del derecho es proporcional y por ello constitucional; por el contrario, si triunfa la importancia social de evitar la vulneración causada por la restricción al derecho, entonces la restricción no es proporcional y se aparta del marco de constitucionalidad. (p. 213)

Este énfasis en la importancia del test de razonabilidad en las situaciones más extremas, como las crisis sanitarias que conllevan restricciones de derechos, son expresión del valor de estos métodos y técnicas para contribuir a fomentar en la ciudadanía una cultura de paz. Debe recordarse que los hombres en su naturaleza humana son diferentes, pues tienen distinta condición física o biológica, económica, ideológica, cultural, etc. Cuando esas diferencias se convierten en desigualdades, es decir en diferencias injustas, o con efectos injustos en el sistema de relaciones sociales, generan conflictos entre los que han sido beneficiados y los que han sido perjudicados por la desigual distribución de valores económicos, sociales, políticos. Los perjudicados lucharán por reivindicaciones contra los beneficiados, para cambiar su situación perjudicial, mientras los segundos tratarán de preservar su estatus.

El Derecho, como elemento de la superestructura y actividad de la sociedad destinada a regular las relaciones sociales, es el cauce ideal para la realización efectiva de la política, en su misión de gestionar el conflicto social y mantenerlo dentro de unos límites aceptables para la mayoría. Por ello, el Derecho, bien gestionado, conlleva necesariamente a la paz social, especialmente en las situaciones de crisis. La COVID-19 fue expresión de esa tensión extrema entre derechos humanos de orientación individual, como la libertad, la movilidad y la vida; y los de clara orientación social, como la salud y la seguridad colectiva. En esos extremos de tensión, el test de razonabilidad o proporcionalidad se puso a prueba en numerosas ocasiones como gestor y garante de la paz social.

El Derecho, también, tiene una función educativa y cultural, en el sentido de que, al solucionar los conflictos, con la aplicación de las leyes y el empleo de adecuados métodos y técnicas, configura una cultura de respeto al orden y de resolución pacífica de las controversias.

La cultura, en su acepción más amplia, no se limita al contenido artístico o literario de una sociedad; supone la transmisión de valores materiales y espirituales del hombre, su conservación y creación, que se reflejan en sus modos de actuar, pensar y sentir. La cultura se transmite no solo en espacios curriculares formalizados, como las escuelas o las universidades, sino en todas las agencias de socialización humana donde ocurren las interacciones sociales: hay educación y transmisión de la cultura en el seno familiar, el colectivo laboral, la televisión, las comunidades y, también, en los tribunales de justicia, especialmente en los actos en que se imparte justicia, por el carácter público de los procesos que se desarrollan. En esos espacios, el tribunal actuante, además de resolver un caso concreto, transmite los valores de una sociedad, plasmados formalmente en sus normas jurídicas.

La razonabilidad de las decisiones por parte del tribunal implica: justificar, argumentar, fundamentar, valorar, acciones todas que transmiten un cúmulo de contenidos axiológicos sobre lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto; incluso, en cuanto a la valoración del material probatorio, lo verdadero y lo falso. El razonamiento de la decisión por parte del juzgador es un acto pedagógico en favor de la paz, enseña a convivir al hombre pacíficamente, en su entorno social, por más adverso que este sea.

IV. CONCLUSIONES

La razonabilidad de las decisiones judiciales es un tema de posicionamientos diversos en la doctrina internacional, la que reconoce su origen en el derecho anglosajón y alemán de los siglos XIX y XX, y la identifica con una justificación de las decisiones judiciales basada en la corrección, la coherencia y el nivel de aceptación social que estas tengan. Para algunos autores, aquella puede identificarse con la proporcionalidad, la ponderación o la racionalidad; para otros, aunque son categorías interdependientes, cada una tiene una delimitación conceptual propia.

Existe cierto consenso en la doctrina en identificar, como requisitos de la razonabilidad judicial, los siguientes: 1. Se toma en situaciones en que no sería aceptable o no se podría adoptar una decisión estrictamente racional; 2. Logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que, necesariamente, han de ser consideradas en la decisión; y 3. Es aceptada por la comunidad.

La razonabilidad judicial en abstracto se concreta en la actuación judicial, mediante los llamados *test de razonabilidad*, que constituyen métodos, técnicas o procedimientos de razonamiento y justificación de las decisiones en *casos difíciles*, ante las siguientes situaciones: identificación del núcleo de protección de un derecho humano; determinación de la validez y legalidad de una restricción de un derecho humano en la realización de un objetivo gubernamental, contenido en una política pública o no; revisión de una acción gubernamental que se cuestiona ajustada a los principios de progresión y no retrogradación de derechos humanos; determinación del carácter discriminatorio de un trato diferenciado a un grupo, comunidad o clase de sujetos, o no.

En las situaciones de crisis o estados de excepción, el valor de la razonabilidad judicial en la preservación de la paz social es especialmente significativo, pues la sensación de seguridad jurídica que genera la presunción de buena actuación de los tribunales tributa a que la ciudadanía prefiera recurrir a la vía judicial para resolver sus conflictos extremos, que a la violencia o la guerra.

V. REFERENCIAS

Atienza Rodríguez, M. (1987). Para una razonable definición de «razonable». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (4), 189-200. <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.13>

Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra.

Ley No. 140, «De los tribunales de justicia». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (137), 3929-3975.

Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (138), 3977-4069.

- Pérez Véliz, A. y Montesino Santana, F. (Enero-julio, 2021). Razonamiento judicial y restricción de derechos en situaciones excepcionales: del legalismo dogmático al judicialismo argumentativo. *Revista Cubana de Derecho*, 1(1), 185-215. <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/30>
- Sánchez Latorre, P. D. (2016). El estándar de razonabilidad en el razonamiento del juez del trabajo. *Derecho Global*, 2(4), 125-147. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i4.6>
- Vázquez, D. (2018). *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricciones, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles* [serie Estudios Jurídicos (287)]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Villalonga Torrijo, C. (2019). Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo. *Revista Chilena de Derecho*, 46(3), 765-789. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000300765>

SENTIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE DISTRIBUCIÓN SALARIAL¹

MEANING AND SCOPE OF THE PRINCIPLE OF WAGE DISTRIBUTION

■ M.Sc. ULISES PADILLA SÁNCHEZ

Profesor de Derecho de trabajo y seguridad social,
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0009-0009-6107-4917>

ulisespadilla1963@gmail.com

Resumen

El presente trabajo constituye una aproximación al sentido y alcance del principio de distribución salarial en el actual contexto cubano, con el objetivo de valorar su impacto como fundamento esencial para lograr la adecuada regulación y materialización del derecho al salario en Cuba.

Palabras clave: Derecho al salario; principio de distribución salarial; sistema de principios complementarios.

Abstract

This paper constitutes an approach to the meaning and scope of the principle of wage distribution in the current Cuban context, with the aim of assessing its impact as an essential foundation to

¹ El presente trabajo se origina en el marco del proyecto de investigación «La efectiva tutela judicial de los derechos del trabajo: necesidad para el perfeccionamiento del modelo de desarrollo socialista», asociado al programa sectorial de ciencia e innovación del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, «Perfeccionamiento de la justicia judicial para contribuir al desarrollo de la sociedad cubana del siglo XXI».

achieve the adequate regulation and materialization of the right to wages in Cuba.

Keywords: Right to wages; principle of wage distribution; system of complementary principles.

Sumario

- I. Introducción; II. Fundamentos teóricos y jurídicos del derecho al salario; 2.1. Fundamentos teóricos; 2.2. Fundamentos jurídicos; III. El derecho al salario en Cuba; 3.1. Valoración marxista de la distribución salarial; 3.2. Concepto y definición del salario en la doctrina cubana; 3.3. Características; 3.4. Funciones; IV. Sentido y alcance del principio de distribución socialista; V. Principios complementarios; VI. Conclusiones; VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del trabajo (DT) tiene por esencia el amparo a la posición del trabajador y constituye un orden protectorio porque su función especial, la que justifica su existencia diferenciada, es la de contribuir al orden público con la garantía de respeto a la dignidad de las personas trabajadoras que prestan sus servicios en régimen de subordinación o dependencia.

Por consiguiente, de lo que se trata es de ofrecer una protección exclusiva, mayor de la que se obtendría del Derecho común. En correspondencia, se afirma que el orden laboral solo tiene —y solo se justifica por tener— el objeto de proteger especialmente a las personas trabajadoras dependientes; es por ello que el principio protectorio debe servir para dar fundamento a las normas de esta singular rama del ordenamiento jurídico, interpretarlas e integrarlas en caso de laguna (Ramírez, 2000, pp. 24, 28 y 30), postura que se comparte, con la sola salvedad de que esta especial protección aumenta su sentido y alcance en una sociedad que se asienta en un proyecto de desarrollo socialista.

Parte de este singular amparo integra uno de los derechos humanos laborales de mayor significación: el salario, cuya satisfacción conforma el núcleo central que integra la relación laboral, pues la retribu-

ción es la vía elemental de todas las razones que llevan a la persona trabajadora a dar su fuerza de trabajo, como el mayor medio a su alcance para procurarse los recursos imprescindibles para la vida y su propio desarrollo integral (Gatti, 2015, p. 247).

El principio de distribución salarial rige el sistema del derecho al salario en Cuba y está regulado, además, como un derecho constitucional, según se constata en el Artículo 65 de la ley fundamental [GOR-E, (5), 2019, p. 82]. No obstante, su grado de materialización nunca ha sido alto, debido a la centralización mantenida por largos años con relación al salario y, si bien hoy se aprecian signos en el camino hacia la descentralización, esta, todavía, es parcial y enfrenta muchos retos, objetivos y subjetivos, para su realización plena y efectiva.

El Período Especial causó en Cuba una profunda crisis económica, social y jurídica, en especial, en el DT, pues instituciones como la organización del trabajo y el salario, y la seguridad y salud en el trabajo sufrieron una notable desregularización, flexibilización e irrealización. En cuanto al salario, se produjo una gran dispersión normativa, expresada en una multiplicidad de disposiciones sectoriales, ramales y de actividad, al tiempo que se reforzó la centralización de las decisiones en el Estado, lo que impidió la adecuada realización del principio de distribución salarial y supuso una limitación a la materialización efectiva de esta institución en las entidades, en atención a sus condiciones y resultados económicos y sociales —como exige el principio en cuestión—, situación que no ha podido ser revertida, a pesar de las medidas y acciones posteriores adoptadas por el Estado y el Gobierno cubanos.

La situación del derecho al salario y su principio rector quedó reflejada, con gran precisión, en el XX Congreso de la Central de Trabajadores de Cuba (CTC), cuando se afirmó que

[...] el actual sistema salarial no se corresponde con el principio de distribución socialista «de cada cual, según su capacidad a cada cual, según su trabajo», o lo que es lo mismo, no garantiza que el trabajador reciba según su aporte a la sociedad. También es cierto que el salario no satisface todas las necesidades del trabajador y su familia, lo que genera desmotivación y apatía hacia el trabajo, influye negativamente en la

disciplina e incentiva el éxodo de personal calificado hacia actividades mejor remuneradas con independencia del nivel profesional requerido. Asimismo, desestimula la promoción de los más capaces y abnegados hacia cargos superiores, a consecuencia del dañino fenómeno de la «pirámide invertida», que se traduce en que, generalmente, a mayor responsabilidad menor ingreso personal. (Castro, 2014, s.p.)

Esta situación, no solo se mantiene, sino que se ha agravado, debido a la incidencia de problemas objetivos como la crisis multidimensional mundial por los efectos del COVID, el hegemonismo imperialista y los conflictos bélicos y, en especial, el recrudecimiento del bloqueo genocida de E. U. contra el país, sin desconocer la existencia de problemas de índole subjetiva, todo lo que determina la insuficiencia del salario para satisfacer las necesidades básicas de las personas trabajadoras y sus familias.

A esta situación, habría que agregar el poco desarrollo teórico-doc-trinal que muestra la institución, apenas desarrollada en sus elemen-tos básicos en los libros de textos de la asignatura y requerida, por tanto, de un desarrollo teórico, jurídico y metodológico, en corres-pondencia con las exigencias y condiciones que marcan el proceso de actualización del proyecto socialista cubano, carencia que resalta en cuanto al sistema de principios que lo rigen.

Por otra parte, el actual proceso de descentralización de la facul-tad de organización del sistema salarial a la empresa, cuyo objetivo esencial es lograr la materialización progresiva del principio de dis-tribución salarial, para incrementar el desarrollo económico-social y la satisfacción de las necesidades de los trabajadores y sus fami-lias, exige realizar una interpretación actualizada de esa máxima, en correspondencia con las fuentes materiales y formales del DT en el actual contexto nacional, a fin de alcanzar una regulación sistemá-tica y coherente, que asegure un salario digno y, a la par, permita incrementar los grados de eficiencia, eficacia, productividad y cali-dad del trabajo que requiere el país para transitar hacia el socialismo próspero, sostenible e irreversible deseado por la mayoría de los cubanos.

No debe desconocerse que, en determinados sectores, actividades y empresas, se aprecian problemas objetivos y subjetivos que inciden

en que, a más de tres años, no se hayan cumplido los objetivos que se pretendieron con la descentralización de la organización salarial al sector empresarial del país, con el sentido y alcance necesarios. La insuficiente preparación teórica, jurídica y técnico-metodológica, y el incumplimiento de los requisitos exigidos para la aprobación del sistema salarial y su efectiva implementación, son algunos de ellos. Habría que adicionar, también, las insuficiencias que muestra el control estatal, en especial, la inspección del trabajo, para identificar, oportunamente, las distorsiones y corregirlas.

Estas carencias se manifiestan en la no realización de estudios sistémicos y sistemáticos de los resultados económicos y financieros —muchas veces, en su imposibilidad, con base en una contabilidad no confiable—, lo que impide determinar, en concreto, el impacto del salario en la eficiencia, eficacia, productividad y calidad del trabajo alcanzadas por la entidad, a partir de la implementación del nuevo sistema de pago, correlación que, en el deber ser de las cosas, debiera exhibir incrementos.

De igual forma, se percibe un limitado análisis de la organización del trabajo, en particular, en cuanto a la descripción, el diseño y rediseño de los cargos o puestos de trabajo para determinar, con objetividad, la escala salarial a aplicar en la entidad, lo cual conlleva a que esta no se halle en correspondencia con los grados de complejidad, responsabilidad e intensidad de cada cargo ni con la jerarquía existente. Por otra parte, no siempre se identifican las competencias requeridas por los trabajadores para lograr un desempeño laboral superior —con el efecto que ello tiene, también, en su ubicación dentro de la escala de complejidad y en la remuneración—, lo que, aparejado a una deficiente gestión de los recursos humanos y a falencias en la aplicación del sistema de control interno, es causa de afectaciones al patrimonio de la entidad, disminuye la efectividad económica y social de esta, a la par que trasciende a la gestión del salario.

El vicio del *igualitarismo*, es decir, la no determinación individual del salario escala de cada trabajador, sobre la base de su competencia y capacidad, constituye, sin dudas, un factor aún presente en las entidades y un motivo de inconformidad, que puede dar lugar a reclamaciones, las que son susceptibles de incrementarse, en la medida en que los trabajadores dominen los principios, requisitos y

condiciones que integran y determinan el proceso de descentralización del salario en el sector empresarial.

Ello no excluye los conflictos colectivos que pudieran sobrevenir en el proceso de negociación de la determinación de la escala salarial, la forma y el sistema de pago, y el pago por alto desempeño, aun cuando, en la actualidad, ellos no tengan cauce judicial, como estima el autor que debiera ser, en correspondencia con las garantías constitucionales [GOR-E, (5), 2019, pp. 81-82] y la seguridad jurídica.

Se percibe, asimismo, un avance limitado en la implementación del principio de distribución salarial. El Decreto No. 53 de 2021 [GOR-E, (80), 719-732] y su sucesor, el Decreto No. 87 de 2023 [GOR-O, (48), 1029-1033], establecen la obligación de materializarlo en el sector empresarial; sin embargo, a tono con el Artículo 65 constitucional [GOR-E, (5), 2019, p. 78], debe estar presente, también, en el sector privado de la economía y en el estatal presupuestado, en el cual se gestionan trascendentales funciones (educación, salud, deporte y recreación, justicia, entre otras muchas), con lo cual se olvida que, independientemente de las diferencias existentes entre un espacio de actuación y el otro, por sus condiciones y elementos, en todos ellos ha de individualizarse el salario, según la capacidad individual demostrada, y la cantidad y calidad del trabajo aportado. Ello constituye, en la actualidad, un factor clave de la desmotivación por el trabajo y de la fluctuación e inestabilidad laborales que exhibe el último de los mencionados sectores.

Sin demeritar el examen exhaustivo que demandan todas estas distorsiones y con el fin de fertilizar el camino hacia ese propósito, el presente trabajo se ocupa de valorar el sentido y alcance del principio de distribución salarial en Cuba. Para ello, el autor retoma algunos contenidos abordados en estudios previos (Padilla, 2022, pp. 175-192) —generalidades, sistema de principios y categorías salariales—, enriquecidos, en esta ocasión, con un posicionamiento crítico y constructivo de la realidad nacional.

Lograr la mayor claridad teórica y jurídica del principio de distribución socialista, al tiempo que llevará a consolidar el sistema salarial, mediante el cumplimiento de sus funciones y su orden jurídico, contribuirá a lograr una tutela judicial efectiva, por cuanto permitirá que los tribunales puedan ofrecer protección a las personas trabajado-

ras, al solucionar los procesos de contenido económico-salarial que se les presenten, los que, previsiblemente, habrán de ir *in crescendo*.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y JURÍDICOS DEL DERECHO AL SALARIO

2.1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

El Derecho del trabajo constituye la respuesta jurídica que el Derecho brinda a un fenómeno social relevante: Una relación jurídico-económica de carácter contractual entre dos partes —contrato de trabajo—, en la que una de ellas, el trabajador, pone su fuerza de trabajo a disposición de la otra parte, el empleador, para que este la dirija, a cambio del pago de una retribución. (Boza, 2014, p. 14)

El carácter bilateral del contrato de trabajo determina una pluralidad de obligaciones recíprocas para el trabajador y el empleador; muestra de ellas son la realización del trabajo dependiente, por cuenta ajena y el salario, respectivamente. La causa de la obligación salarial a la que se obliga el empleador será la prestación de la contraparte —trabajador—, unidas ambas de forma interdependiente o sinalagmática.

Por consiguiente, el derecho al salario constituye, junto al derecho al trabajo, uno de los derechos básicos o esenciales de la relación laboral. Su integración al contexto teórico y jurídico del DT, su ordenación y, en especial, su materialización, suponen un reto para cualquier país, por su alta complejidad, multidimensionalidad, transdisciplinariedad y dinamismo. Él está condicionado por la realidad política, económica, ideológica, social y económica imperante. Su dimensión jurídica ostenta una gran dificultad, pues se trata de un derecho humano que está supeditado al carácter del régimen político y económico imperante.

La institución salarial, más allá de constituir una categoría de esencia económica, manifiesta una dimensión jurídica —derecho humano fundamental— de relevante importancia para la estabilidad y el desarrollo de cualquier régimen social. Para las personas que laboran

por cuenta ajena, de manera subordinada y remunerada —forma de trabajo más universal—, el salario constituye la principal garantía —a veces la única— del grado de satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, a la vez que se erige en el factor más importante y determinante de la existencia de un empleo digno.

La etimología del vocablo *salario* deriva de la voz latina *salarium*, que viene, a su vez, de *salius* que significa «sal», lo cual servía para designar la cantidad de ese producto que los amos entregaban a los domésticos en Roma, como pago por un servicio (Cañizares, 2015, p. 191).

Las personas que laboran en régimen de ajenidad y subordinación tienen derecho a recibir una remuneración, a la que se han otorgado diferentes denominaciones: salario, sueldo, jornal, etc. Sin importar el nombre que se dé a ese pago, este debe considerarse laboral, siempre que se repita por períodos fijos de tiempo que pueden ser diarios, semanales, quincenales o mensuales (Fournier, 2013, p. 18).

En el lenguaje ordinario, la voz *salario* se equipara a otros términos, tales como sueldo, jornal, paga, estipendio, retribución, remuneración, emolumento, compensación, honorario, entre otros, a pesar de que algunos de ellos poseen un significado particular, que determina un uso restringido del término, como sucede, por ejemplo, con *jornal*, que hace referencia a lo que se gana durante una jornada, y con *sueldo*, que se usa para indicar la retribución pagada mensualmente y en dinero (Castillo, 2015, p. 10).

Se coincide con Montoya Melgar (1993) cuando expresa que, sin ignorar los restantes significados del salario, es evidente que este es, ante todo, el objeto de la prestación básica debida por el empleador al trabajador, elemento totalmente necesario en todo contrato de trabajo, debido a su carácter oneroso, cuya presencia explica la ajenidad en la utilidad del trabajo como característica esencial de la relación laboral: el trabajador acepta su extrañamiento frente a la utilidad patrimonial de su propio trabajo en la medida en que es compensado con un salario (p. 368).

El salario es la contraprestación retributiva del bien trabajo, que es la prestación que aporta el trabajador. El pago de la remuneración cumple con la obligación del empleador asumida en el momento de contratar a quien será su persona trabajadora dependiente o su-

bordinada y se integra por el monto íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera que sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. Sobresalen, así, tres aspectos de tal obligación: su carácter contraprestativo, los bienes con los que se paga y la libre disposición (Pérez Botija, 1944, pp. ix y 6).

Bien afirma Plá (1956) que la palabra *salario* responde siempre a la idea de una remuneración, unida a un trabajo, lo cual tiene un esquema central, la idea del cambio, la existencia, por un lado, de un trabajo y, del otro, de una remuneración que se paga por aquel, elemento común en todas las definiciones de esa institución (p. 12).

El salario está íntimamente relacionado con la estabilidad monetaria y a ella le debe su importancia mayor o menor en cada contexto. Como la retribución es percibida, generalmente, en dinero, el nivel de vida que ella pueda proporcionar depende del poder adquisitivo de la moneda; poco importa la cantidad de unidades monetarias en que se expresa un salario, si cada una de ellas o la sumatoria de todas carece de poder adquisitivo. La moneda es, por tanto, uno de los elementos más importantes del régimen del salario y su correspondiente poder de compra (Calella, 1949, p. 188).

La anterior afirmación encierra uno de los aspectos trascendentales del asunto en examen y es la correspondencia entre el salario y el poder adquisitivo, o sea, el poder de compra que aquel tiene para adquirir los productos y servicios que satisfacen las necesidades del trabajador y su familia, lo que se conoce como *salario real* y es válido en cualquier sistema social.

Por tanto, entre los elementos que integran la Política social, el salario es uno de los más interesantes y trascendentales, debido a que marca una determinada orientación de la producción, el consumo, los precios e, incluso, la política demográfica; si el salario es la retribución del trabajo realizado por el empleado, el medio de subsistencia de este y su familia, ha de suponer una determinada participación en el valor de las cosas o los productos que ha contribuido a crear.

Se coincide con Costa (2004), cuando afirma que la *ratio iuris* del salario es la de constituir un crédito que le pertenece al trabajador, por su condición de acreedor, ante el empleador, quien se convierte en deudor de aquel, por la prestación laboral realizada. Trabajador y

empleador son, en el seno de la relación laboral individual, acreedor y deudor al mismo tiempo, dada la existencia de derechos y obligaciones recíprocos, que determinan el carácter sinalagmático de ese vínculo (pp. 41-42).

El salario, como derecho, tiene singulares características, las que se centran, principalmente, en constituir una remuneración regular por el trabajo realizado, manifestarse en una diversidad de formas o elementos, y tener al dinero como medio de pago; no obstante, está condicionado, también, por el tipo de sociedad o régimen social imperante en un país, en un contexto histórico dado.

Los salarios son el exponente de la vida de una gran parte de la población e, igualmente, sirven para medir el nivel medio de consumo. El sector de la población del país que dependa del salario tendrá mejores posibilidades de subsistencia, si el nivel de vida está en proporción con el de los precios. El derecho al salario y el derecho al trabajo marcan la esencia de la relación jurídica laboral individual —trabajo por salario—, sin demeritar la importancia del resto de los derechos laborales, reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales y las propias constituciones nacionales.

De igual forma, la remuneración tiene un grupo de ventajas jurídicas importantes para las personas trabajadoras: proporciona una fuente de ingresos para cubrir las necesidades básicas y mejorar la calidad de vida; permite planificar y ahorrar para el futuro; facilita el acceso a bienes y servicios que, de otra manera, serían inalcanzables; proporciona estabilidad financiera y reduce la incertidumbre; reconoce y recompensa el trabajo y la contribución a la entidad; fomenta la motivación y el compromiso con el trabajo; ayuda a retener y atraer talentos a la organización; contribuye al desarrollo económico y social de la comunidad y del país; permite invertir en educación y desarrollo profesional; proporciona seguridad y protección financiera en caso de contingencias.

2.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El derecho al salario, como derecho humano reconocido, universalmente, por la comunidad de Estados integrados a la ONU, tiene una importante protección jurídica internacional. Sobresale en los artículos 23.2, 23.3 y 24 de la Declaración universal de derechos humanos

(ONU, 2014, pp. 8-9) y, de igual forma, en el precepto siete, incisos a) y d), del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (ONU, 2014, p. 32), entre otros importantes instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos.

En la protección de los derechos humanos del trabajo y la seguridad social, entre los que se encuentra el derecho al salario, destaca la labor de la OIT, marco en el que se han generado varios convenios de los que Cuba es parte, tales como el 95 (1949), el 99 (1951), el 100 (1951) y el 131 (1970) (OIT, 2015, s.p.). No obstante, se discrepa de la posición de la OIT de no tener integrados los convenios protectores del salario entre los principios y derechos que dicha organización considera *fundamentales*.

Por otra parte, Cuba ha hecho suya la concepción y protección de los derechos humanos, y ha integrado, a su Constitución y el ordenamiento jurídico complementario, los principios y derechos estipulados en los instrumentos internacionales expuestos.

III. EL DERECHO AL SALARIO EN CUBA

3.1. VALORACIÓN MARXISTA DE LA DISTRIBUCIÓN SALARIAL

Esta institución laboral está regida, en la fase de la construcción socialista, por el principio de distribución, el cual valoró Marx (1977), de forma breve, pero clara, en una de sus obras más trascendentales: *La crítica al programa de Gotha*. En esencia, el autor explica que, en ese período, del fruto de trabajo o producto del trabajo colectivo hay que deducir determinados montos dirigidos a satisfacer las exigencias y necesidades en determinados ámbitos de la sociedad, destinados a: 1. Reponer los medios de producción consumidos; 2. Ampliar la producción; 3. Formar un fondo de reserva o de seguro contra accidentes o trastornos debidos a fenómenos naturales u otros (pp. 29-35).

De acuerdo con Padilla (2022, p. 176), este es un factor caracterizador de esta fase socialista, que Marx (1977) deja al descubierto en sus siguientes valoraciones:

Estas deducciones del «fruto íntegro del trabajo» constituyen una necesidad económica, y su magnitud se determina según

los medios y fuerzas existentes, y en parte, por medio del cálculo de probabilidades, lo que no puede hacerse de ningún modo es calcular partiendo de la equidad.

Queda la parte restante del producto total, destinada a servir de medios de consumo.

Pero antes de que esta parte llegue al reparto individual, de ella hay que deducir todavía:

Primero: los gastos generales de administración, no concernientes a la producción.

En esta parte se conseguirá, desde el primer momento, una reducción considerabilísima, en comparación con la sociedad actual, reducción que irá en aumento a medida que la nueva sociedad se desarrolle.

Segundo: la parte que se destine a satisfacer las necesidades colectivas, tales como escuelas, instituciones sanitarias, etc.

Esta parte aumentará considerablemente desde el primer momento, en comparación con la sociedad actual, y seguirá aumentando en la medida en que la sociedad se desarrolle. [Aparece aquí una clara alusión al monto destinado al fondo de consumos sociales dirigidos a garantizar los derechos y servicios fundamentales de forma gratuita].

Tercero: los fondos de sostenimiento de las personas no capacitadas para el trabajo, etc.; en una palabra, lo que hoy compete a la llamada beneficencia oficial [actual sistema de protección social, que combina seguridad y asistencia social].

Sólo después de esto podemos proceder a la «distribución», es decir, a lo único que, bajo la influencia de Lasalle y con una concepción estrecha, tiene presente el programa, es decir, a la parte de los medios de consumo que se reparte entre los productores individuales de la colectividad.

El «fruto íntegro del trabajo» se ha transformado ya, imperceptiblemente, en el «fruto parcial», aunque lo que se le quite al productor en calidad de individuo vuelva a él, directa o indirectamente, en calidad de miembro de la sociedad. (p. 10)

Más adelante, señala Marx (1977) que:

En el seno de una sociedad colectivista, basada en la propiedad común de los medios de producción, los productores no cambian sus productos; el trabajo invertido en los productos no se presenta aquí, tampoco, como *valor* de estos productos como una cualidad material, poseída por ellos, pues aquí, por oposición a lo que sucede en la sociedad capitalista, los trabajos individuales no forman ya parte integrante del trabajo común mediante un rodeo, sino directamente [...]. (p. 11)

Y continúa Marx (1977):

[...] no es una sociedad que se va desarrollando sobre su propia base, sino de una que acaba de salir precisamente de la sociedad capitalista y que, por tanto, presenta todavía en todos sus aspectos, en el económico, en el moral y en el intelectual, el sello de la vieja sociedad de cuya entraña procede. Congruente con esto, en ella el producto individual obtiene de la sociedad —después de hechas las obligadas deducciones— exactamente lo que ha dado. (p. 11)

En las ideas anteriores, se explica la esencia del proceso de distribución y redistribución en esta fase de la construcción socialista, lo que permite constatar la particularidad del salario en la nueva sociedad, en la que se mantiene el principio capitalista del intercambio de mercancías equivalentes. Por tal razón, en esta fase, la distribución tiene lugar de forma muy parecida a la capitalista, pero diferenciada de ella en que se produce sobre la base de la capacidad mostrada por las personas trabajadoras y la cantidad y calidad del trabajo aportado por estas. Como afirmara Marx (1977): «El derecho de los productores es proporcional al trabajo que han rendido, la igualdad aquí, consiste en que se mide por el mismo rasero: por el trabajo» (p. 11).

En resumen, la concepción marxista, expuesta *supra*, caracteriza al salario en la etapa de la construcción socialista e instituye como su principal fundamento el principio de distribución socialista, el que impone la necesidad de individualizar el salario en esta fase, atendiendo a la capacidad mostrada por el trabajador, relacionada con la cantidad y calidad del trabajo aportado por él. Este es el principio rector del derecho al salario en Cuba.

3.2. CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL SALARIO EN LA DOCTRINA CUBANA

Durante la etapa revolucionaria, pocos autores se han ocupado de exponer una definición propia del derecho al salario, en el contexto de la construcción socialista en el país; no obstante, algunos son significativos. Por ejemplo, Pascual (1989) lo identificó como

el instrumento concreto que permite establecer el vínculo económico entre la medida del trabajo y la del consumo, ya que en el socialismo se retribuye de acuerdo al [sic.] trabajo y es el salario la fuente principal de la población para satisfacer sus necesidades materiales y espirituales crecientes y las de su familia. (p. 95)

El criterio anterior se considera acertado, dado que el trabajo no es una mercancía, sino un medio para la satisfacción de las necesidades individuales, familiares y colectivas. Viamontes Guilbeaux (2007) asume el criterio marxista, de base extrajurídica, conforme con el cual el salario es

una categoría económica que refleja el conjunto de relaciones de producción determinados por la existencia de la ley económica de la distribución con arreglo a la cantidad y calidad del trabajo, específica para la fase socialista del modo comunista de producción que es parte de la renta nacional destinada a satisfacer las necesidades personales de los trabajadores, representando el elemento más importante del sistema de estímulos materiales. (p. 47)

En opinión de la citada profesora, la categoría económica se convierte en jurídica, no por sí misma, sino por los derechos que asisten al trabajador y requieren ser protegidos legalmente; de ahí su acierto cuando, al referirse a la importancia del salario, resalta que ella «está dada por el valor que tienen los intereses de los trabajadores, la economía del país y la sociedad en general [...]» (p. 48), con lo cual, en su criterio, «[...] se armonizan las necesidades y aspiraciones de obreros y empleados con las demandas del desarrollo económico-social, para lograr un equilibrio entre las necesidades individuales y sociales» (p. 50).

La esencia del salario en Cuba —su concepto— ha de entenderse como el monto de dinero que recibe un trabajador que labora por

cuenta ajena y subordinada, por parte de su empleador, cual contraprestación por el trabajo realizado, equivalente, proporcionalmente, a la competencia y aptitud mostrada por aquel y expresada en la cantidad y calidad del trabajo ejecutado; de esta forma, se benefician ambas partes y se armonizan los intereses individuales y colectivos, con los del país, en el contexto de relaciones laborales no antagónicas.

A fortiori, el salario se manifiesta en una triple dimensión: social, económica y jurídica, pero con un mayor alcance, pues aquí el empleador, la organización sindical y las personas trabajadoras tienen los mismos intereses comunes o generales. En lo social, puede identificársele como la principal —y, usualmente, única— fuente de ingresos del trabajador, que constituye la base para su propia subsistencia y la de su familia; de ahí que se le reconozca un carácter o contenido alimentario, aunque, sin dudas, va más allá, al satisfacer otras necesidades vitales, tanto materiales como espirituales. En lo económico, es el valor que se asigna al trabajo, su costo, no su precio, porque el trabajo en la sociedad socialista no es mercancía. Jurídicamente es, en lo fundamental, el crédito, la contraprestación retributiva y proporcional debida por el empleador al trabajador, a cambio de la prestación del trabajo, y constituye un derecho humano y fundamental, reconocido universalmente.

En resumen, a tono con lo anterior, el salario en Cuba puede ser definido como la remuneración en dinero que el empleador paga al trabajador con el carácter de contraprestación proporcional al trabajo subordinado realizado por este, en condiciones de colaboración y persiguiendo intereses no antagónicos, el que atiende a la complejidad, responsabilidad, jerarquización e intensidad de las funciones y atribuciones del cargo o puesto desempeñado, la calidad y cantidad del trabajo aportado, y el tiempo real laborado, según corresponda. Esta categoría integra lo devengado por concepto de salario fijo —el salario escala más los pagos adicionales aprobados— y el salario móvil, determinado por una cuantía variable, sujeta a la implementación de las formas y los sistemas por rendimiento —a destajo y por resultados—, el pago por alto desempeño, lo devengado por concepto de vacaciones anuales pagadas, días feriados, de conmemoración nacional y descanso laboral, el trabajo extraordinario y otros conceptos aprobados.

3.3. CARACTERÍSTICAS

De lo expuesto, se derivan importantes características, unas que se mantienen del régimen anterior, según lo analizado, y otras que surgen en la etapa de tránsito al socialismo:

- a) El salario continúa siendo un crédito, derivado de la obligación del empleador de remunerar la prestación laboral realizada por el trabajador en la forma pactada, a partir del carácter sinalagmático, retributivo, comutativo y oneroso de la relación laboral individual.
- b) El salario está en correspondencia con el trato sucesivo del contrato de trabajo o relación laboral y, en tal sentido, lo identifican los rasgos de normalidad, habitualidad, permanencia y dinamismo, para garantizar la seguridad de la satisfacción progresiva de las necesidades materiales y espirituales del trabajador y su familia.

Por tanto, *ex iure*, la obligación salarial tiene un aspecto positivo —crédito— y uno negativo —prestación o deuda—, de lo cual deriva que deban cumplirse determinados requisitos en su prestación, como son:

- Licitud: la obligación de la prestación salarial debe ser la contrapartida de una prestación laboral lícita, es decir, no prohibida legalmente.
 - Determinado o determinable: la cuantía a pagar tiene que estar determinada desde la forma del contrato o, al menos, han de estar definidos la forma y el sistema de pago aplicables, a fin de que puedan identificarse el monto que correspondería pagar, especialmente, en el pago por rendimiento, en el que la cuantía depende del resultado alcanzado, sobre la base de las normas o los indicadores establecidos.
 - Posible: tienen que estar garantizadas todas las condiciones para hacer efectivo el pago del salario.
- c) Patrimonialidad: el salario es el beneficio en dinero que se recibe de forma proporcional al trabajo realizado y se incorpora al patrimonio del trabajador.
- d) Reciprocidad: al constituir el salario una contraprestación del trabajo, el empleador solo está obligado a su pago cuando la prestación laboral se haya realizado, efectivamente. No obstante, en determi-

nadas ocasiones el trabajador mantiene el derecho a recibir su salario, pese a que no ha realizado una efectiva prestación laboral, lo cual no altera la nota de reciprocidad, ya que, o bien se trata de salarios ya devengados por el trabajo realizado, pero que se abonan en un período de inactividad —vacaciones anuales pagadas—, o bien de situaciones concretas justificadas en la legislación laboral, en las que el trabajador mantiene el derecho al cobro del salario, debido al interés estatal y social que ellas revisten —licencias remuneradas.

e) Ajenidad: el salario debe pagarse, con independencia de que la organización laboral, en su actividad, obtenga pérdidas o ganancias. El salario tiene una naturaleza *forfaitaire*, o sea, el crédito del salario es independiente de la prosperidad de la entidad que lo paga. El contrato de trabajo carece de carácter aleatorio, el riesgo de la explotación corre a cuenta del empleador y no del trabajador.

f) Comutatividad: a la prestación laboral realizada por el trabajador le corresponde una remuneración, se commuta o intercambia trabajo por salario. Se requiere que la paga del salario tenga carácter retributivo, o sea, que se haya realizado en contraprestación de los servicios cumplidos por el trabajador, con carácter oneroso y mensual y atendiendo a determinados principios.

g) Proporcionalidad: a trabajo igual, desempeñado en el puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual. A estos fines, deberá tenerse presente la capacidad del empleado con respecto a la clase de trabajo que ejecuta. Por otra parte, cuando la relación de trabajo se haya convenido a tiempo parcial o por una jornada menor a la permitida legalmente, el salario que corresponda al trabajador se considerará satisfecho cuando se dé cumplimiento a la parte correspondiente.

h) Periodicidad: el trabajador y el empleador acordarán el día o días en que debe pagarse el salario, lo que tendrá lugar, por lo menos, una vez al mes.

i) Seguridad y certeza: el salario mínimo se dispone por el Estado. El salario deberá pagarse en dinero efectivo en la moneda oficial en curso. Por acuerdo entre el empleador y el trabajador podrá hacerse mediante tarjeta magnética u otro medio legal. No se permitirá el pago en mercancías, vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que quisiera sustituirse la moneda en curso. El pago del

salario deberá efectuarse en día laborable y durante la jornada, en el lugar donde habitualmente labora el trabajador. Las vacaciones se pagan antes del inicio de su disfrute. Los beneficios derivados del salario tienen que tener normalidad, habitualidad y permanencia, aunque su monto cuantitativo esté supeditado al cumplimiento de determinados principios, normas, indicadores o requisitos.

j) Individualidad: el salario será pagado directamente al trabajador o a la persona que él autorice expresamente.

k) Disponibilidad: el trabajador dispondrá libremente de su salario. Se considera nula cualquier limitación a este derecho, no prevista de modo expreso en la ley.

l) Intangibilidad, irrenunciabilidad e inembargabilidad. Significa que el salario no puede ser afectado. Tampoco existe la posibilidad de renuncia por el propio trabajador. La inembargabilidad puede ser total —como disponen las legislaciones alemana, inglesa, noruega y brasileras— o parcial —como en el caso de Australia, Hungría y Cuba. En este último país, la ley determina la cuantía que considera indispensable para la vida del trabajador y su familia, a la cual dota de un carácter inembargable (intocable).

En la nación cubana, las retenciones de salario solo pueden obedecer al embargo con motivo del pago de deudas, en un monto no superior a un tercio del salario total devengado; no obstante, esa cuantía puede incrementarse hasta la mitad cuando vayan dirigidas a satisfacer pensiones alimenticias o créditos a favor del Estado, las empresas y los bancos, por decisión de la autoridad competente, de lo cual sigue que, en principio, dos tercios del salario son inembargables y, excepcionalmente, en los dos supuestos mencionados, esa protección se reduce a la mitad.

Como advierte Plá (1994), respecto al carácter alimenticio del salario:

- a) Todo trabajador debe obtener por su trabajo una remuneración suficiente para asegurar su existencia y la de su familia. La fijación del salario no responde únicamente a un precio económico, sino que reposa también sobre una concepción psico-sociológica. b) La acción de los acreedores del trabajador no debe privar a éste de una remuneración mínima [...]. c) El salario debe ser pagado a intervalos suficientemente breves

como para asegurar la subsistencia cotidiana del trabajador [...]. (p. 86)

Entre las características que se identifican en la etapa de construcción socialista están:

- a) Las relaciones laborales socialistas en el sector estatal mayoritario tienen un carácter no antagónico, pues ambas partes —empleador y trabajador— son dueños de la propiedad socialista de todo el pueblo y, por tanto, los trabajadores tienen facultades y derecho de participación sobre ella, de lo cual se deriva que ellos constituyen relaciones de colaboración y ayuda mutua para lograr los fines comunes que persigue la construcción de la nueva sociedad. El trabajador tiene derecho a participar activa y decisivamente en la estructuración del sistema salarial de la entidad y en su implementación, como parte de la distribución.
- b) El salario constituye un Sistema, integrado de forma armónica por elementos que producen una sinergia dirigida a cumplir las funciones del salario en la nueva sociedad; ese Sistema está regido por un conjunto de principios, nucleados en torno al principio de distribución socialista *de cada cual, según su capacidad, a cada cual, según su trabajo*, cuyo cumplimiento determina la efectividad.
- c) El salario ha de ser acrecible, es decir, susceptible de ser incrementado, en la medida en que los trabajadores se desarrolle y promuevan, pues el socialismo busca el crecimiento integral del ser humano, individual y socialmente, lo cual está en correspondencia con el principio de distribución socialista, pues si el trabajador incrementa su capacidad y los resultados de su trabajo en cantidad y calidad, también debe incrementarse su salario.
- d) El salario está estructurado o se manifiesta en una cantidad fija mensual —salario fijo—, en correspondencia con la complejidad, responsabilidad, intensidad, jerarquía e importancia de las funciones y atribuciones del cargo, y una parte móvil —salario móvil—, que se determina atendiendo a la cantidad y calidad del trabajo aportado y las características de la rama, sector o actividad de que se trate, del grado de organización de la dirección, de la producción y el trabajo, y el estado de la tecnología. Es posible que se aplique una de estas formas de manera exclusiva o ambas, como acontece con los sistemas de pago por rendimiento.

3.4. FUNCIONES

Una efectiva gestión del salario garantiza el cumplimiento sistémico y sistemático de las trascendentales funciones que está llamado a desempeñar en el período de tránsito al socialismo, las cuales coinciden con los objetivos del propio sistema económico-social; en Cuba, se manifiestan en:

- a) Lograr la satisfacción progresiva de las necesidades materiales y espirituales del trabajador y su familia, caución de una vida digna y próspera —ley económica fundamental del socialismo.
- b) Conquistar un desarrollo económico-social próspero, sostenible e irreversible, aunque paulatino, mediante el incremento progresivo del interés, la motivación y el compromiso de los trabajadores por aumentar la eficiencia, eficacia, productividad, cantidad y calidad del trabajo individual y colectivo.

Estas dos funciones principales dan lugar a otras que el salario está llamado a cumplir, a saber:

- a) Distinguir y remunerar la mayor capacidad demostrada y los mejores resultados del trabajo, en cantidad y calidad, de forma individual.

Ello es esencial porque las condiciones y motivaciones hacia el trabajo, en esta etapa del desarrollo, no son iguales, debido a la organización y división del trabajo, que todavía muestra diferencias entre el trabajo manual y el intelectual, el campo y la ciudad, sectores, actividades y ocupaciones. El trabajo de las personas, según su capacidad, se estimula con el interés material —mayor salario—, como con factores morales y educativos; por otra parte, la distribución, atendiendo a la cantidad y calidad del trabajo aportado, es una relación objetiva, necesaria, esencial y estable, es decir, una ley económica del socialismo, por lo que, a mayor capacidad y mejores resultados de trabajo, debe corresponder un salario superior.

- b) Procurar la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales, siempre crecientes, de la población —personas trabajadoras.

Esta función constituye un factor clave para la realización de la Ley económica fundamental de la construcción socialista, que tiene por base un salario digno y justo, suficiente, el cual se deriva de la garantía del empleo digno. El socialismo tiene, como objetivo central,

lograr la plena realización del ser humano y su desarrollo; esta es su esencia y en ella desempeña un rol principalísimo, decisivo.

c) Estimular la productividad individual.

En estrecha relación con lo anterior, la remuneración debe propender a aumentar la motivación y el compromiso del trabajador para lograr un desempeño laboral superior, mayor competitividad y el incremento progresivo de su productividad individual. De la satisfacción de las necesidades individuales y el desarrollo personal que los empleados alcanzan con el salario parte el interés de estos por incrementar los resultados de su labor, en cantidad y calidad, con vistas a cumplir los objetivos estratégicos de la entidad.

d) Estimular la calificación y la superación profesional.

De igual forma, en la medida en que el salario sea efectivo y cumpla sus funciones, al trabajador le interesará, cada vez más, alcanzar niveles superiores de satisfacción de sus necesidades y aspiraciones; a eso solo puede llegar, si accede a cargos de mayor complejidad, responsabilidad, intensidad y jerarquía, pues son estos los que reciben mayores salarios, pero, a la vez, tal empeño requiere de una efectiva capacitación y superación, en especial, a través de la auto-preparación. Por ello, la realización efectiva del salario se convierte en un fuerte estímulo para gestionar e incrementar la calificación y capacidad del trabajador.

e) Propiciar el incremento sostenido del desarrollo económico y social del país por esfuerzos propios.

La integración de las funciones anteriores y su efectiva realización determinan la mejora continua de los aportes del trabajador a la entidad y al país. Ello incide, directamente, en el logro del desarrollo económico por esfuerzos propios, sobre la base de la más efectiva gestión del capital humano de la nación, presupuesto *sine qua non* para alcanzar el socialismo próspero, sostenible, sostenido e irreversible al que se aspira, que tiene, como principal fundamento, la máxima realización del principio de distribución socialista.

En resumen, la efectiva realización del salario, sobre la base de la implementación consecuente y sistémica de sus principios, dimensiones y elementos, garantiza el desarrollo del interés material de los trabajadores por mejorar su capacidad y resultados productivos,

estimula la elevación de la productividad del trabajo y la calificación de los trabajadores y, con ello, se potencia, de forma progresiva, el desarrollo económico.

IV. SENTIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE DISTRIBUCIÓN SOCIALISTA

Los principios que rigen el salario constituyen las columnas o los fundamentos esenciales cuyo cumplimiento garantiza la integración del sistema salarial y la máxima realización de las funciones del salario, en especial, como satisfactor de necesidades y aspiraciones, siempre crecientes, de la población y el acrecentamiento de la riqueza económico-social. El fundamento central o rector del derecho al salario en la fase de la construcción socialista es el principio de distribución socialista, que, como se ha analizado antes, se complementa o integra con otros principios de gran importancia.

Uno de los momentos más trascendentales del derecho al salario en la época revolucionaria fue la celebración del XIII Congreso de la CTC (Noviembre 11-15, 1973), durante el cual se aprobó la Resolución sobre organización del trabajo y los salarios, que reflejó, entre sus tesis, el reconocimiento y perfeccionamiento del principio de distribución socialista *de cada cual, según su capacidad, a cada cual, según su trabajo*, como rector del derecho al salario en la nueva sociedad (Memorias..., 1974, pp. 147-148). Esta máxima fue regulada, por primera vez, en el Artículo 19 de la Constitución de la República de Cuba de 1976, hasta que, con la modificación de 2002, pasó a ser el segundo párrafo del 14 [GOR-E, (3), 2003, p. 10].

La Constitución actual [GOR-E, (5), 2019, p. 82] dispone que el pago del salario en Cuba se rige por el principio *de cada cual, según su capacidad, a cada cual, según su trabajo*, sobre la base de que el trabajo es

un valor primordial de nuestra sociedad, constituye un derecho, un deber social y un motivo de honor de todas las personas en condiciones de trabajar. El trabajo remunerado debe ser la fuente principal de ingresos que sustenta condiciones de vida dignas, permite elevar el bienestar material y espiritual y la realización de los proyectos individuales, colectivos y sociales. La remuneración con arreglo al trabajo aporta-

do se complementa con la satisfacción equitativa y gratuita de servicios sociales universales y otras prestaciones y beneficios. (Artículo 31, p. 77)

La primera parte del enunciado del principio de distribución *de cada cual, según su capacidad*, está referida al cumplimiento por el trabajador de las aptitudes, los valores y las condiciones necesarios para desempeñar sus funciones, atribuciones y responsabilidades con la mayor efectividad posible; su contenido está dado por las competencias profesionales —conocimientos, habilidades, valores, sentimientos—, la experiencia, la calificación formal exigida y las exigencias relativas a la capacitación y superación constante para mantener un desempeño laboral superior.

Antes se valoró que, en la fase de tránsito al socialismo, persisten, todavía, las diferencias entre el trabajo intelectual y el manual, entre el trabajo en la industria y el agrícola, entre el trabajo en la ciudad y en el campo, por lo que el trabajo no constituye aún la primera necesidad vital para el hombre, como pudiera ocurrir en el futuro; por eso, en esta etapa, es necesario estimular materialmente el trabajo, el aumento de la capacidad o calificación y el crecimiento del nivel cultural y técnico de la población. El nivel de vida del hombre, su bienestar, dependerán, ante todo, de la cantidad y calidad del trabajo aportado por él individualmente.

La capacidad es un elemento esencial para la determinación del salario a devengar por el trabajador en esta etapa; por ello, es imprescindible eliminar todo igualitarismo y pagar la remuneración atendiendo a la capacidad individual que muestra cada trabajador en la realización profesional o laboral. No por casualidad se instituye esta exigencia en la primera parte del principio. Por tanto, quien tenga más capacidad, más competencia y la muestre en sus resultados de trabajador, recibirá un porcentaje mayor del producto social; estas condiciones objetivas determinan la necesidad del funcionamiento de la ley de distribución según el trabajo socialista.

Esta capacidad tiene dos manifestaciones concretas. La primera está referida a la calificación real, o sea, la demostración por el trabajador de poseer las competencias profesionales o laborales: conocimientos, habilidades, valores y conductas, que se infieren de la calificación formal y se exigen para lograr un desempeño profesional

superior. La segunda, la calificación formal, mostrada en los títulos o certificados obtenidos, tanto los que avalan los niveles de educación vencidos como los que acreditan acciones de capacitación concretas, según las exigencias específicas del cargo, ocupación o puesto de trabajo que el empleado desempeña.

Para determinar la capacidad no basta con poseer un título o certificación del cual se infiera determinado nivel educacional o grado de conocimientos o competencias, sino que, además, es preciso valorar la expresión concreta de aquellos en el desempeño del trabajador en la práctica laboral.

La calificación real es la que permite que el empleador pueda determinar que un trabajador que no cumpla el requisito de calificación formal exigido pueda desempeñarlo, pues demuestra que posee los conocimientos, las habilidades, la experiencia, los valores y las conductas exigidos para lograr un ejercicio laboral exitoso, el cumplimiento de los objetivos estratégicos y los resultados esperados. Claro, esta situación debe constituirse, cada vez más, en una excepción, por razones obvias. Pero, también, es la calificación real la que da la verdadera medida de la capacidad del trabajador y los elementos de distinción entre un empleado y otro, que trascienden a la cantidad y calidad de su labor, elementos a los que habrá de asociarse, necesariamente, la remuneración que se le dispense.

En su segunda parte, la expresión *a cada cual, según su trabajo*, expresa que el salario individual del trabajador se determina, además, por la cantidad y calidad del trabajo aportado por este en los resultados reales obtenidos en su desempeño. Y no debe ser de otra forma, pues junto a la capacidad, la cantidad y calidad del trabajo aportado, es el otro referente para determinar el salario a devengar por la persona trabajadora. Vgr., si dos operarios de una línea de producción de zapatos ocupan cargos de la misma denominación, grupo de complejidad y tarifa salarial, que exige la misma capacidad y, en este caso, ambos la cumplen, pero uno logra una producción mensual de 200 zapatos y el otro de 230, con las condiciones de calidad exigidas, sin dudas, el que fabricó mayor número de calzado debe devengar un salario superior.

Unido a los fundamentos constitucionales, citados precedentemente, el Artículo 2 c) del Código de trabajo reconoce el principio de

distribución socialista entre los derechos fundamentales del DT —a los que el Código denomina, indebidamente, *principios*— [GOR-E, (29), 2014, p. 454].

De todo cuanto se ha explicado, se infiere que un rasgo esencial del principio de distribución socialista es su individualidad; exige que la determinación del salario y su pago tengan una materialización diferenciada y singular en cada trabajador, expresada en la capacidad, calificación y competencia mostradas, y en la cantidad y calidad del trabajo aportado, también de forma personal.

V. PRINCIPIOS COMPLEMENTARIOS

La máxima realización del principio de distribución socialista está sujeta a su estricta y progresiva aplicación individual, el pago proporcional del salario a cada trabajador, atendiendo, rigurosamente, a la capacidad mostrada y la cantidad y calidad del trabajo aportado por este, sin negar la necesidad de armonizarlo con otros estímulos materiales y morales de carácter colectivo. Su implementación está condicionada, a la vez, por la realización de otros principios que garantizan la ejecución de aquel y particularizan elementos esenciales del salario. Entre estos se encuentran:

a) Diferenciación: El salario debe definirse y pagarse de forma diferenciada, personalizada, a cada trabajador, en la medida en que cada quien demuestra una *capacidad* diferente y *resultados* también distintos; ello excluye el igualitarismo, la arbitrariedad y superficialidad. La determinación del salario «tiene en cuenta la complejidad del trabajo, las condiciones del puesto, la idoneidad demostrada y el aporte individual»; si bien esta definición —contenida en el Artículo 4 b) del Decreto No. 53, «De la organización del sistema salarial en el sistema empresarial estatal cubano» [GOR-E, (80), 2021, p. 720], y, luego, en el precepto de igual número e inciso del Decreto No. 87, de idéntica denominación, derogatorio del anterior [GOR-O, (48), 2023, p. 1030]— es atinada, requiere de mayor precisión en cuanto a estos elementos y otros, no incluidos, con vistas a lograr una idea más razonada y concreta, que permita apreciar su real magnitud y alcance. La realización de este principio tiene una notable incidencia

en la efectividad que se logre en la organización del sistema salarial en la empresa estatal.

b) Complejidad: El salario está en dependencia de la dimensión y el alcance real de las funciones, atribuciones y obligaciones asignadas al trabajador, el impacto que tienen sus resultados en el cumplimiento del objeto o encargo estatal de la entidad y su incidencia para la proyección estratégica y mejora continua de esta. La complejidad está dada, además, por el volumen de las competencias profesionales que exige el cargo para el logro de un desempeño laboral superior, su grado de dificultad, cantidad y cualidades, o sea, por el volumen y la magnitud de conocimientos, habilidades, valores, convicciones, conductas, sentimientos que exige el puesto para lograr con éxito los resultados que se necesitan para cumplir, ya no solo las atribuciones y obligaciones del cargo, sino además, los objetivos estratégicos específicos del área y los generales de la empresa.

La complejidad considera, asimismo, otros factores o requisitos que son determinantes para ciertos cargos u ocupaciones, como son la calificación formal, las condiciones de trabajo, los riesgos laborales existentes, las características personales específicas; tiene una interrelación muy estrecha con otros fundamentos que inciden en la diferenciación, como son la responsabilidad, la intensidad, la jerarquía y la importancia del cargo.

La efectiva determinación de la complejidad de un cargo contribuye a precisar la capacidad real que ha de demostrar el trabajador que aspire a ocuparlo o de los resultados de quien lo ocupe. La escala de complejidad de la empresa permitirá individualizar el salario que corresponde a cada cargo aprobado en la plantilla.

c) Responsabilidad: Está referida al nivel de compromiso y exigencia determinados para un cargo, en cuanto a garantizar, directamente, el cumplimiento efectivo de atribuciones y obligaciones, objetivos estratégicos del cargo y de la entidad, y responder cuando así no sea; incluye la valoración de aspectos como la administración de recursos materiales y financieros, la gestión del capital humano, la toma de decisiones en determinada actividad o esfera, entre muchas otras.

La responsabilidad está en dependencia del grado de impacto e importancia del cargo, del significado del cumplimiento de las atri-

buciones y obligaciones asignadas a este en el logro efectivo de la misión, visión y los objetivos estratégicos de la organización, que tiene como principal expresión el grado de compromiso e interés del ocupante del cargo por asumir y lograr un desempeño laboral superior y responder, personalmente, por los resultados obtenidos. Presenta una interrelación muy estrecha con la complejidad y la jerarquía.

d) Intensidad: Viene definida, por el grado de rigor y tensión que precisa el ejercicio del cargo, la prontitud, exactitud y oportunidad que requiere la realización de las funciones, atribuciones y obligaciones asignadas al trabajador, y el rápido y efectivo cumplimiento por este de las cualidades que le permitan cumplir sus compromisos con la energía requerida. Es una característica que identifica a determinados cargos por el grado de urgencia, alto grado de exigencia y responsabilidad con que tienen que cumplir sus atribuciones y obligaciones, por lo que genera cierto grado de tensión o estrés para quienes los desempeñan —riesgo que debe ser bien manejado para no constituirse en causa de enfermedades o accidentes.

Este principio ha venido incrementando su incidencia en la medida en que se complejizan los sistemas, los procesos y las actividades, y se establecen objetivos más rigurosos y retadores, situación que se acrecienta en el contexto laboral cubano y, por tanto, no puede ser obviada a la hora de determinar el salario de un cargo que se encuentre objetiva e inevitablemente en esta situación.

e) Jerarquía: Para identificar el salario a asignar a un cargo ha de tenerse en cuenta el rango de las funciones, atribuciones y obligaciones asignadas a determinados cargos, y su importancia, de acuerdo con la estructura organizativa, la plantilla de cargos y los grupos de trabajo aprobados, a fin de garantizar que la pirámide funcional y de responsabilidad se ajuste a la realidad organizacional de la entidad.

El principio tiene una interrelación directa con el de responsabilidad, pues, precisamente, los cargos que ostentan mayor jerarquía —directivos— deben ser aquellos que tengan, también, el mayor grado de responsabilidad respecto a determinada esfera de decisión y autoridad sobre los asuntos de su competencia o grupos de trabajadores subordinados. La jerarquía, además, es graduable, tiene escalones, atendiendo al alcance, la dimensión e importancia de los

poderes o las facultades otorgados a ciertos cargos; así se determina la conocida *pirámide salarial*, en la que, a mayor jerarquía, corresponde mayor salario.

No solo es aplicable dicho principio para determinar el salario de los cargos que ostentan la categoría de cuadros —directivos superiores, directivos intermedios y directivos ejecutivos—, sino también para cualquier otro cargo, sin importar la categoría que tenga asignada dentro de sus responsabilidades, o la dirección y coordinación de un pequeño grupo de trabajadores, como pueden ser aquellos que ostentan la condición de funcionarios o son puestos de confianza (se cubren por designación), en calidad de especialistas principales, administradores, jefes de establecimientos, unidades, jefes de brigada, taller, encargados de almacén, u otros.

f) Importancia del cargo: Determinar, de forma objetiva, el impacto real de cada puesto de trabajo en los resultados de una organización; significa tanto como integrar, armónica y coherentemente, todos los principios antes analizados con el objetivo de ubicar a cada cargo en el orden o rango que le corresponde en la escala de complejidad, lo cual es esencial para evaluar el salario a devengar. La importancia otorgada se manifiesta en la determinación de los cargos o puestos considerados claves en la organización, que son aquellos que aportan o determinan su cadena de valor porque están directamente vinculados al proceso de producción o prestación de los servicios, o al ejercicio de actividades directivas y técnico-profesionales de alta complejidad y responsabilidad en la actividad principal, o en las áreas de regulación, control y funcionales, cuyo desempeño es relevante para la efectiva realización de la misión, la visión y los objetivos estratégicos de la empresa.

Este principio no aparece regulado en las disposiciones normativas cubanas, aunque ha de considerarse implícito en el adecuado entendimiento de todos los anteriores y plenamente aplicable.

g) Proporcionalidad: El salario se paga atendiendo a la cantidad y calidad del trabajo realizado y al tiempo real laborado por las personas trabajadoras.

h) Equidad: A trabajos de similar complejidad debe corresponder similar salario, sin discriminación de ningún tipo. Aunque, normalmente, este principio es identificado como el de *igualdad en el sa-*

lario, como ya se ha visto la igualdad solo se cumple en el caso de aquellos cargos que exijan iguales competencias, complejidad, responsabilidad, intensidad, jerarquía e importancia, de modo que no resulte posible la diferenciación entre ellos.

i) Dinamismo: El salario se fija en correspondencia con los resultados económicos y sociales de la entidad y sus aportes a la sociedad, o sea, que debe experimentar un ascenso progresivo, en correspondencia con el grado de incremento que tengan, a su vez, la eficiencia, la eficacia, la productividad, la calidad y el valor agregado creado; esta dinámica, de cumplirse, constituye una manifestación del principio de progresividad de los derechos en la dimensión salarial. La complejidad, la responsabilidad, la jerarquía, la intensidad y la importancia del cargo son principios esenciales para lograr la efectiva realización del de diferenciación y, con ello, la progresividad del principio de distribución socialista.

La aplicación sistemática y sistemática de estos principios es imprescindible para lograr la progresiva y máxima realización del salario en la etapa del tránsito socialista. En ello radica el elemento nuclear para garantizar el éxito en la gestión del derecho al salario, garante del derecho humano a una remuneración en función de la calidad y cantidad del trabajo aportado, en correspondencia con la capacidad real demostrada por el trabajador.

VI. CONCLUSIONES

El principio de distribución socialista *de cada cual, según su capacidad, a cada cual, según su trabajo* tiene su principal sustento en la teoría marxista; rige en la etapa inicial de la construcción socialista, en estrecha interrelación con las demás leyes y principios de aplicación en tal momento histórico, tales como la ley económica fundamental, la armonización de los intereses individuales, colectivos y del país, entre otros.

Tal principio encuentra reconocimiento en la Constitución de la República de Cuba de 2019, texto que, a la vez, lo consagra como un derecho de las personas trabajadoras y vía para determinar sus salarios.

La remuneración por el trabajo constituye un factor clave para alcanzar un empleo digno y un socialismo próspero, sostenible e irreversible; por tanto, el cumplimiento sistémico y progresivo del principio de distribución salarial, en todos los sectores en que existe trabajo subordinado, es un objetivo estratégico, consustancial al éxito del tránsito hacia la sociedad socialista.

El sentido y alcance del principio de distribución salarial en Cuba está determinado por el sistema de principios que lo complementan y su plena materialización, a partir del grado de interrelación que se logre entre ellos, en correspondencia con el cumplimiento de los requisitos y las condiciones que exige la progresiva gestión del derecho al salario en Cuba.

La concreción del principio de distribución salarial implica, ineludiblemente, la individualización del salario, lo que solo puede lograrse a nivel de cada entidad laboral, lejos de todo centralismo, igualitarismo y formalismo que impidan a aquel la realización de las funciones y los objetivos que le están encomendados en la fase de la construcción socialista.

VII. REFERENCIAS

- Boza Pró, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del trabajo. *Thémis*, (65), 13-26. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5078193.pdf>
- Calella Sanz, M. G. (1949). *Derecho del trabajo en la República de Cuba*. Ediciones de la Revista Índice.
- Cañizares Abeledo, D. F. (2015). *Derecho laboral*. Ciencias Sociales.
- Castillo, J. (2015). *Compendio de Derecho laboral peruano* (7.^a ed.). ECB Ediciones.
- Castro Ruz, R. (2014). Discurso de clausura del XX Congreso de la CTC [versiones taquigráficas, Consejo de Estado]. <http://www.cuba.cu/gobierno/rauldisursos/2014/esp/r220214e.html>
- Constitución de la República de Cuba. (Marzo 31, 2003). *GOR-E*, (3), 7-22.

- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Costa Reyes, A. (2004). *El crédito salarial*. Publicaciones del Consejo Económico y Social de Andalucía.
- Decreto No. 53, «De la organización del sistema salarial en el sistema empresarial estatal cubano». (Septiembre 16, 2021). *GOR-E*, (80), 719-732.
- Decreto No. 87, «De la organización del sistema salarial en el sistema empresarial estatal cubano». (Junio 2, 2023). *GOR-O*, (48), 1029-1033.
- Fournier Facio, M. A. (2013). *Derecho Laboral I*. Universidad Estatal a Distancia.
- Gatti, A. E. (2015). *Derecho del trabajo. Manual de las relaciones individuales*. B de F.
- Ley No. 116, «Código de trabajo». (Junio 17, 2014). *GOR-E*, (29), 453-483.
- Marx, C. (1977). *Crítica al programa de Ghota*. Ciencias Sociales.
- Memorias del XIII Congreso de la CTC*. (1974). Imprenta Federico Engels.
- Montoya Melgar, A. (1993). *Derecho del trabajo* (14.^a ed.). Tecnos.
- Organización de Naciones Unidas. (2014). Declaración universal de derechos humanos. En *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 3-10. OACNUDH.
- Organización de Naciones Unidas. (2014). Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. En *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 29-42. OACNUDH.
- Organización Internacional del Trabajo. (2015). ILSE: Biblioteca electrónica sobre las normas internacionales del trabajo. www.ilo.org
- Padilla Sánchez, U. (2022). Introducción al derecho al salario en Cuba. En Lam Peña, R. (Coord.). *El Derecho del trabajo. Apuntes para una teoría crítica desde Cuba*, 175-192. Olejnik.

- Pascual Díaz, L. (1989). *Derecho laboral. Parte especial* (t. 2). Pueblo y Educación.
- Pérez Botija, E. (1944). *Salarios, régimen general de tarifas mínimas*. Instituto de Estudios Políticos.
- Plá Rodríguez, A. (1956). *El Salario en el Uruguay, su régimen jurídico* (2.^a parte). Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo.
- Plá Rodríguez, A. (1994). *Curso de Derecho laboral. El salario* (t. 3, vol. 2). Idea.
- Ramírez Bosco, L. (2000). *Para una introducción al Derecho del trabajo*. Universidad.
- Viamontes Guilbeaux, E. C. (2007). *Derecho laboral cubano. Teoría y legislación*. Félix Valera.

NECESARIA RECONFIGURACIÓN DE LA LICENCIA POR RESPONSABILIDAD FAMILIAR

ESSENTIAL RECONFIGURATION OF FAMILY RESPONSIBILITY LEAVE

M.Sc. LYDIA NIEVES GUEVARA RAMÍREZ

Asesora jurídica, Consultoría Jurídica Internacional S.A., Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-9576-987X>

lydia.guevara@cji.cu

Resumen

La necesidad de conceder permisos y autorizaciones a las personas trabajadoras con responsabilidades familiares, obligadas a brindar cuidados, en ese ámbito, a otras personas que los necesitan, a fin de garantizar la igualdad de trato y no discriminación, es el tema del cual se ocupa el presente artículo, que asume un enfoque de género y se basa en la doctrina del Derecho de trabajo, los tratados internacionales aplicables en lo laboral y lo familiar, la legislación nacional de países seleccionados, incluida Cuba, y los resultados de investigaciones patrias ejecutadas en años recientes, con el propósito de fundamentar propuestas de modificación a la legislación del trabajo vigente, que permitan armonizar las responsabilidades laborales con las familiares y el proyecto de vida individual.

Palabras clave: Responsabilidad familiar; cuidado familiar; enfoque de género; facultad discrecional del empleador.

Abstract

The need to grant leave and authorisations to workers with family responsibilities who are obliged to provide care to others who need it, in order to ensure equal treatment and

non-discrimination, is the subject of this article, which takes a gender perspective and is based on the doctrine of labour law, international labour and family law treaties, national legislation in selected countries, including Cuba, and the results of national research carried out in recent years, with the aim of providing a basis for proposals to modify current labour legislation in order to harmonise work responsibilities with family duties and individual life projects.

Keywords: Family responsibility; family care; gender approach; employer's discretionary authority.

Sumario

I. Introducción; II. Conciliación de la vida laboral y familiar; 2.1. Las mujeres en la incorporación a la actividad laboral; 2.2. El papel de la Organización Internacional del Trabajo; III. Examen comparativo; 3.1. Latinoamérica y el Caribe; 3.2. Cuba; IV. El Estado, la comunidad y los actores sociales; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La situación real que presentan, en el mundo del trabajo, aquellos trabajadores con responsabilidades familiares que tienen ante sí la obligación de brindar cuidados a familiares en situación de discapacidad y adultos mayores, así como las medidas que se adoptan para garantizar la continuidad de la relación de trabajo, a partir de flexibilidades que puedan aplicarse para la conciliación del trabajo, y la vida familiar y personal constituyen motivo de preocupación a escala global.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) y otros organismos especializados han adoptado instrumentos sobre igualdad de oportunidades y trato para hombres y mujeres. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra de la mujer (CEDAW) de 1979 (ONU, 2014, pp. 93-110) incluyó la noción de responsabilidades familiares, con lo cual sentó las bases para debatir la conciliación entre las esferas laboral y familiar en distintas conferencias, que culminaron con la Declaración y Plataforma de Acción de

Beijing, de 1995 (ONU, 2014, pp. 7-226), en la cual se avanzó en la adopción de nuevas reglas y políticas sobre el trabajo, y otros temas de gran importancia para el tratamiento de la corresponsabilidad en las familias.

El párrafo decimocuarto del preámbulo de la CEDAW indica que, para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, es necesario modificar el papel tradicional de uno y otra en la sociedad y la familia (ONU, 2014, p. 95).

A partir de la proclamación de la Constitución de la República [GOR-E, (5), 2019, pp. 69-116], la legislación cubana ha experimentado un importante proceso de actualización para garantizar los derechos, los deberes y las garantías fundamentales a las personas trabajadoras que requieran dispensar cuidados familiares y, al mismo tiempo, conciliar con estos su vida personal y familiar.

Tales transformaciones tuvieron como antecedente la Encuesta nacional sobre igualdad de género (ENIG), realizada por el Centro de Estudios de la Mujer, de la Federación de Mujeres Cubanas, y el Centro de Estudios de Población y Desarrollo, de la Oficina Nacional de Estadística y Población, en 2016, la que, según Álvarez *et al.* (2019), tuvo como principales objetivos los de

[...] profundizar en concepciones, valoraciones, prejuicios y estereotipos de la población cubana relacionados con la igualdad de género; identificar los avances en la igualdad de género en Cuba y las manifestaciones de desigualdades aún existentes, y ofrecer un conjunto de recomendaciones a las políticas públicas. (p. 133)

El Plan nacional para el adelanto de las mujeres (PAM), puesto en vigor por el Decreto presidencial No. 198 [GOR-E, (14), 2021, pp. 247-259], dio cuerpo jurídico a esas pretensiones, al instrumentar en acciones concretas la agenda del Estado cubano, en pos de la efectiva igualdad y no discriminación por razón de género.

A la luz de estos propósitos, aunados a las obligaciones que emanan de los tratados internacionales, ha de ser motivo de preocupación la facultad discrecional del empleador para conceder la licencia a quienes asuman responsabilidades familiares, no afín a una verdadera cultura del cuidado, con mirada de género. El cumplimiento de

los deberes laborales y familiares es imprescindible para la sociedad; de ahí la necesidad de incorporar medidas legislativas que permitan a los trabajadores, y especialmente a las mujeres —sobre quienes aún recaen, mayoritariamente, las labores de cuidado—, la atención de ambas esferas, sin descuidar ninguna de ellas, pero también, armonizándolas con sus expectativas individuales, lo que debe ser objeto de examen en la reforma al Código de trabajo.

Es un hecho que las mujeres asumen, preferentemente, las labores domésticas, al igual que la atención y el cuidado de NNA, adultos mayores y personas en situación de discapacidad, con lo cual incrementan su jornada diaria al doble o el triple, en horas interminables para mantener un equilibrio entre todas las funciones sociales que les vienen encomendadas como productoras y prestatarias de servicios, reproductoras y cuidadoras. Como afirma el informe de la ENIG:

Los resultados muestran la persistencia de brechas de género en la carga total de trabajo (CTT) de hombres y mujeres. Con respecto al trabajo no remunerado, las mujeres dedican 14 horas más como promedio en una semana que los hombres. Ellas continúan asumiendo las tareas domésticas y de cuidado no remuneradas de manera preponderante, incluso cuando están ocupada [sic.] en la economía, lo que se sustenta en un patrón tradicional de distribución de tareas y responsabilidades que revela desigualdades y que, además, es reproducido en la educación de los hijos e hijas [sic.] desde edades tempranas. En correspondencia, como ya fue señalado, la sobrecarga doméstica es identificada por la población como problema para las mujeres en el cuarto lugar de frecuencia de respuestas, y es señalado también como motivo de conflicto en las parejas, lo que denota el malestar que produce en la relación. (Álvarez *et al.*, 2019, p. 134)

Esta realidad no solo es propia de Cuba, sino también del mundo —incluidos los países desarrollados—; en general, las labores de cuidado del núcleo familiar tienen un fuerte componente femenino; prevalece la idea de que el resto de los integrantes de la familia *ayudan* o *colaboran* en la realización de las labores domésticas, tanto las que tienen lugar de la puerta hacia adentro, como las de adquisición de productos y servicios, fuera del espacio físico familiar.

Las políticas y programas relativos a la incorporación de la mujer al trabajo y a la toma de decisiones [se basan] en el criterio de que el trabajo productivo genera por sí mismo una valorización de las mujeres ya sea por la autonomía económica que los ingresos asociados al trabajo pueden ofrecer o porque el trabajo remunerado es el único trabajo valorado y la mejor forma de participar en el desarrollo del país. Esta concepción explica la escasez de medidas orientadas a promover relaciones de género más equitativas donde [sic.] se promueva el mundo reproductivo como un importante espacio para el desarrollo de un país y donde [sic.] permanentemente se invisibiliza el trabajo que allí se realiza, casi siempre por mujeres. Aquellas medidas dirigidas al mundo privado [tienen] como principal receptor a las mujeres en roles de maternidad, con una mirada limitada sobre la promoción de otras figuras de cuidado. (Echevarría, Rojas y Tejucá, 2019, s.p.)

Para la consecución de la Agenda 2030 de Desarrollo sostenible, adoptada en 2015 (ONU, 2018, pp. 5-75), se requiere un enfoque integrado e integral, con el cual se llevarán a vías de hecho los 17 objetivos globales de desarrollo y, en el caso que se trata, aquellos relacionados con la igualdad de género (Objetivo 5), el trabajo digno y el crecimiento económico (Objetivo 8), y la reducción de las desigualdades (Objetivo 10).

El Plan de desarrollo económico y social de Cuba hasta el 2030 (PNDES) presenta el Macroprograma No. 6, Desarrollo humano, equidad y justicia social con 6 programas y 18 proyectos en los que se incluyen dos programas específicos que tributan al reconocimiento, valorización [sic.] y redistribución del trabajo de cuidados desde un enfoque de igualdad, corresponsabilidad y derechos a cuidar y ser cuidados. (Pantoja y Palmero, 2022, s.p.)

La mujer trabajadora actúa entre el espacio laboral y el entorno familiar, cualquiera que sea la configuración de la familia; ella asume el rol de cabeza de esta y puede tener a su cargo descendientes, ascendientes y otras personas en situación de vulnerabilidad física, mental, social y económica.

El cuadro adquiere ribetes dramáticos en una sociedad envejecida como la cubana, con una esperanza de vida cercana a los 80 años (Fariñas y Carmona, 2023, s.p.) y que, día a día, requiere de esas políticas y estrategias para contribuir a que la mujer cubana, que constituye la mitad de la fuerza laboral del país y es mayoritaria en los servicios de todo tipo —incluidos los profesionales, educacionales, jurídicos, sanitarios, de investigación científica y otros— pueda dedicar tiempo y esfuerzos al trabajo (al cual permanece vinculada aun después de la jubilación), a su formación profesional y, en general, su proyecto de vida individual, sin desatender las obligaciones familiares (ONEI, 2023, s.p.).

Las mujeres trabajadoras cubanas, en su condición de madres y, además, cuidadoras en el núcleo familiar, fundamentalmente, de adultos mayores, precisan de permisos o licencias para atender esas necesidades. Como derivación de lo establecido en el Código de las familias (CFS), en cuanto a la responsabilidad parental, la legislación ha preservado, de forma clara y garantista, los derechos en cuanto a la atención de NNA; no sucede lo mismo cuando se trata de los adultos mayores y las personas con discapacidad, pues la concesión del permiso que se pida al efecto se encuentra en el marco de la facultad discrecional del empleador.

Las tensiones que generan las interacciones entre las esferas laboral y familiar provocan altos costos para las mujeres, las familias, las personas que requieren de cuidado, pero también para el crecimiento económico y la productividad del trabajo. Abordar las políticas públicas de corresponsabilidad en el cuidado [...] conduce, ineludiblemente, a reflexionar sobre la relación entre este tema y la igualdad y posición de las mujeres en los distintos ámbitos de la sociedad. (Álvarez, 2015, p. 2)

Todavía habrá que recorrer un largo trecho hacia la materialización de medidas, acciones, políticas y normas que hagan del mundo laboral un entorno más participativo en todos los órdenes; acoger formas de empleo más flexibles, como el trabajo en el domicilio u otros lugares predeterminados, el empleo de las plataformas digitales o teletrabajo, entre otras, hacen parte del camino. La ruptura del techo y las paredes de cristal son imprescindibles para que las mujeres se

posicionen en cargos de dirección empresarial y estatal, y puedan ofrecer los cuidados, cual parte importante de su día a día.

En consecuencia, el presente trabajo aborda la problemática de la insuficiencia de la legislación laboral, con base en la situación económica y social de Cuba, para garantizar a las mujeres trabajadoras la posibilidad de proveer de cuidados a su núcleo familiar, sin perder su empleo y fuente de ingresos ni descuidarse a sí misma.

Para dar respuesta a los interrogantes que suscita dicha situación, se realizó un breve estudio de las normas adoptadas por algunos países de América Latina, los convenios internacionales del trabajo, los informes de investigaciones realizadas en Cuba y el extranjero, y la legislación cubana. A partir del examen de las fuentes documentales consultadas, se realizan propuestas de modificación al Código de trabajo y su Reglamento [GOR-E, (29), 2014, pp. 453-523], a fin de erradicar las brechas identificadas.

II. CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

2.1. LAS MUJERES EN LA INCORPORACIÓN A LA ACTIVIDAD LABORAL

La relación entre la esfera familiar, que exige cuidados y atenciones, y el mundo laboral, que requiere de trabajo constante, se ha convertido en una fuente de tensiones para las personas, situación que se agudiza con la pérdida de la calidad de vida y acarrea grandes costos sociales.

Estas tensiones están generando altos costos para las mujeres, para las personas que requieren de cuidados, pero también para el crecimiento económico de los países, el buen funcionamiento del mercado de trabajo y la productividad de las empresas. Los resabios de la tradicional *división sexual del trabajo* se exacerbaban a falta de medidas efectivas para la conciliación entre los ámbitos laboral y familiar, lo que compromete decisivamente las posibilidades de desarrollo humano de las naciones. (*Trabajo y familia...*, 2009, p. 9)

Estas situaciones son una constante a nivel mundial porque las mujeres, además de trabajadoras, son madres, cuidadoras y responsables del hogar y la familia en mayor medida que los hombres. Muchas veces, ellas ven alejarse las oportunidades de conciliar su vida laboral y familiar. Para poder cumplir las tareas y los compromisos de los cargos, en cuanto a horarios de trabajo, cúmulo de tareas y exigencias de calidad, y, a la vez, proporcionar atención en el hogar a NNA y/o adultos mayores y personas en situación de discapacidad, con frecuencia tienen que dejar de lado su proyecto de vida personal, incluidas las relaciones de pareja, las amistades, el descanso y la distracción.

Por los estudios e investigaciones realizados, la OIT ha reconocido que las mujeres siguen asumiendo, casi en solitario, el trabajo doméstico y el cuidado en el hogar, incluso cuando tienen un empleo remunerado de tiempo completo. En la mayoría de las empresas, los empleadores requieren la disponibilidad permanente de sus trabajadores, es decir, que estén dispuestos a trabajar horas extraordinarias, recibir llamadas fuera de horario y responder mensajes de correo electrónico en días libres, cual si esto fuese algo natural (*Trabajo y familia...*, 2009, pp. 15-16).

Esto, por supuesto, sitúa a las mujeres en posición de desventaja a la hora de competir con sus compañeros para promover a los cargos de dirección, pues ellas siguen compartidas entre las responsabilidades familiares y las prioridades profesionales. Esa es la causa verdadera; no que las mujeres rehúyen asumir cargos por déficit de capacidad o que prefieren atender a su hogar, en lugar de ser más competitivas profesionalmente.

El trabajo no es sólo un medio económico, también lo es de desarrollo de necesidades sociales, autoestima y espacios propios. Los enormes cambios en las identidades y en el grado de autonomía individual, combinados con la mayor escolaridad de las mujeres, muestran que la tendencia femenina a ser parte del mercado laboral formal, es ya irreversible. (*Trabajo y familia...*, 2009, p. 19)

Además, el resorte que ha impulsado a la comunidad internacional, sobre todo a los empleadores a volcarse hacia el talento femenino reside, simplemente, en el aumento de las mujeres con estudios de nivel superior de ingeniería, tecnologías de todo tipo, comunicación y otras disciplinas, las que constituyen una fuerza de trabajo

de carácter profesional y alto nivel educacional. Sin embargo, ello no las redime del conocido fenómeno de *las paredes de cristal* (segregación profesional), que lleva a concentrarlas en cargos de nivel intermedio o superior, pero no en los de mando efectivo.

La OIT, en su agenda de temas prioritarios, reconoce la necesidad de que los países tomen en cuenta la promoción de las mujeres a cargos de dirección:

[...] Mejorar la diversidad de género en el lugar de trabajo no sólo beneficia a las mujeres. Existen indicios crecientes de que es muy positivo para las sociedades, las economías y las propias empresas. Resulta alentador observar los esfuerzos considerables de las organizaciones empresariales y de empleadores [sic.] para que las mujeres asuman puestos de mando en todos los países y en todas las regiones. No obstante, estos progresos han sido desiguales y, en algunos casos, el ritmo de cambio no va a la par que los resultados positivos alcanzados. El éxito de estos esfuerzos es crucial para facilitar que las empresas se aseguren la presencia de mujeres y hombres con talento que aprovechen las nuevas oportunidades de crecimiento y propongan soluciones empresariales a medida que se abren paso en un contexto de transformación de la naturaleza del trabajo. (OIT, 2019, p. 4)

Es muy complejo recuperar el talento de hombres y mujeres, cuando ellas, sobre todo, no tienen la posibilidad efectiva de conciliar trabajo y familia. En consecuencia, en los documentos que analizan la situación del trabajo femenino, aparecen tendencias que prefieren a hombres y mujeres sin carga familiar para cubrir puestos de trabajo en horario real de las organizaciones, con lo cual se desvalorizan los conocimientos alcanzados por aquellas personas cuya actividad laboral debe combinarse con la atención de la familia, sin que se manifieste la corresponsabilidad familiar e, incluso, social para que puedan insertarse en el trabajo formal y mantenerse laborando en contratos por tiempo indeterminado a favor de la estabilidad laboral.

Por tal motivo, la OIT ha recomendado que los Estados tengan presentes las realidades sociales y, cuando aprueben normas jurídicas, no acudan a la reducción de beneficios anteriores, debido a las crisis por las que atraviesan sus economías —con el riesgo implícito de

desempleo y crecimiento del empleo informal, fundamentalmente en las economías de los países en desarrollo—, y que analicen aquellas situaciones en que se pueda beneficiar el trabajo, otorgando más facilidades a la solución de los problemas en el entorno familiar.

2.2. PAPEL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Es importante destacar el papel que ha asumido la OIT, de conjunto con otras organizaciones, para el estudio de temas tales como las formas atípicas de empleo, en las cuales las mujeres pueden tener un espacio, como son el trabajo a domicilio, el teletrabajo, el trabajo en plataformas digitales, y algunas otras que han provocado un aumento del subempleo, el desempleo y el empleo informal (trabajo temporal o a tiempo parcial, trabajo temporal por medio de agencia, relación laboral multipartita, empleo encubierto, empleo por cuenta propia económico dependiente).

Desde 2018, la organización ha promovido investigaciones que han culminado con informes sobre los cuidados, la economía de estos y la relación que guardan con las responsabilidades familiares:

La prestación de cuidados, tanto remunerada como no remunerada, está en el centro de nuestras sociedades. Las economías dependen del trabajo de cuidados para sobrevivir y prosperar. En todo el mundo, las mujeres y las niñas están realizando más de tres cuartas partes de todo el trabajo de cuidados no remunerado, y dos tercios de los trabajadores del cuidado remunerado son mujeres. Las transformaciones demográficas, socioeconómicas y medioambientales están incrementando la demanda de trabajadores y trabajadoras del cuidado, que a menudo están atrapados en trabajos de poca calidad. Si no se afrontan de manera apropiada, los déficits actuales en el trabajo de cuidados y su calidad crearán una crisis del cuidado insostenible a escala mundial, y aumentarán la desigualdad de género en el mundo del trabajo. (Adatti *et al.*, 2019, p. 6)

[...] Desde 1919 las normas internacionales de la OIT han establecido principios, valores y aspiraciones que comenzaron por la protección a la mujer respecto a su capacidad reproductiva y con el tiempo han evolucionado gradualmente ha-

cia la noción de que los trabajadores de ambos sexos [sic.] comparten las responsabilidades familiares, lo que implica revisar la forma en que se organiza y distribuye el trabajo productivo y reproductivo. En el continente, la Agenda hemisférica de trabajo decente para las Américas 2006-2015 destacó el objetivo de promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer. (*Trabajo y familia...*, 2009, p. 11)

En esta esfera, se han adoptado tres convenios internacionales:

- El 103 (1952), sobre la protección de la maternidad: De los países de América Latina y el Caribe, lo ratificaron 10, pero, finalmente, quedó vigente solo en siete. Cuba lo ratificó en 1954 y lo denunció con posterioridad, al igual que Venezuela y Belice;
- el 183 (2000), referido a la misma cuestión que el anterior: Fue ratificado por siete países de América Latina y el Caribe, entre ellos, Cuba. En este instrumento, además de la protección en el embarazo y la maternidad, se incluyen la no discriminación e igualdad en el trabajo y la tutela contra el despido;
- el 156 (1981), sobre trabajadores con responsabilidades familiares: Se ratificó por 45 países, 12 de ellos de la región latinoamericana y caribeña, no así por Cuba. Lo complementa la Recomendación 165 del propio año (OIT, 2015, s.p.).

En 2011, la reunión 312 del Consejo de Administración de la OIT abordó el tema de *la conciliación del trabajo y la vida familiar*. El documento base examinaba las tensiones que surgen cuando se trata de conciliar la vida laboral y la familiar, así como los efectos perjudiciales de esas tiraneces sobre la igualdad de género en el trabajo y en el hogar:

Las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar son condiciones necesarias para una recuperación económica integradora y sostenible, ya que actúan como estabilizadores sociales, crean empleos y promueven el trabajo de la mujer. El desarrollo de servicios comunitarios bien equipados y de la ayuda a domicilio para el cuidado no parental de los niños y otras personas a cargo puede generar economías de escala y rendimientos elevados, incluso en tiempos de austeridad. Asimismo, las inversiones en infraestructuras públicas básicas pueden reducir la

carga que supone para las mujeres la prestación de cuidados no remunerados, al ahorrarles tiempo y energía para que puedan tener acceso a unas mejores oportunidades de empleo y a la educación. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores tienen una función fundamental que desempeñar en la concepción y aplicación de medidas de conciliación de la vida laboral y familiar. (OIT, 2011, p. 20)

El Convenio 156 y la Recomendación 165 de la OIT, de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, podrían ser ratificados por Cuba, que cuenta con una legislación avanzada, recientemente modificada en varios aspectos y con programas de desarrollo en los que participan el Estado, las organizaciones sociales y de masas, la comunidad, los actores económicos estatales y privados, todo lo cual contribuye a generar posibilidades para la atención de la familia y da pasos hacia la sociedad de cuidados.

El texto de esos instrumentos es flexible en cuanto a su aplicación por los Estados miembro. Según el Artículo 10 del Convenio, sus disposiciones pueden aplicarse por etapas (OIT, 2015, s.p.), lo que permitiría avanzar paulatinamente, en la medida en que se modifique la legislación laboral vigente.

Ambos tratados proponen medidas en materia de licencias, servicios de asistencia social, seguridad social, horarios laborales, modalidades de organización del trabajo flexibles, políticas de reinserción laboral, y programas de sensibilización y educación con una perspectiva de género, que pueden encontrar espacio en las políticas públicas, la legislación y los programas sociales, para contribuir a la conciliación de la vida laboral y familiar, y favorecer los cuidados a las personas en situación de vulnerabilidad, específicamente, los adultos mayores y las personas en estado de discapacidad, como una responsabilidad compartida, no exclusiva solo de las mujeres, sino también de los hombres.

A tal efecto, se contemplan medidas dirigidas a garantizar la inclusión, en las legislaciones nacionales, de previsiones para evitar la discriminación y el compromiso que esta situación puede suponer para aquellas en el acceso y la permanencia en el empleo. Se ha indicado, además, la adopción de normas contentivas de las licencias por paternidad y otras licencias parentales —por un período más largo y con protección

del empleo, a disposición de la(s) madre(s) o el (los) padre(s), para permitirle(s) cuidar de su hija(o) después de que expire la licencia de maternidad o paternidad—, consideradas como medidas de cuidado, que buscan establecer un vínculo entre las relaciones laborales y familiares.

Los convenios mencionados con antelación se consideran la base estructural y guía para que los países estudien sus normas nacionales y adopten las instituciones que tiendan a conciliar trabajo y familia; de una forma u otra, en ellas se relacionan los permisos y las licencias —remunerados total o parcialmente— que las leyes deben tomar en cuenta para alcanzar el debido equilibrio entre las obligaciones mencionadas.

Tales convenios toman en cuenta, también, otros muy importantes, como son el 100 (1954), sobre igualdad de remuneraciones por trabajo de igual valor; el 111 (1958), acerca de la discriminación en el empleo y la ocupación; y 190 (2019), sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo.

El informe regional para América Latina y el Caribe, derivado del estudio sobre los cuidados en el trabajo, subrayó que:

Enfrentar las desigualdades de género en los hogares, las empresas y las sociedades requiere adoptar y poner en marcha con urgencia paquetes de políticas de cuidado que puedan contrarrestar las brechas que persisten. Se trata de conjuntos transformadores de políticas de cuidados, alineados con los estándares internacionales de la OIT, con alto potencial para impactar de forma positiva en el bienestar y el desarrollo de los países. (OIT, 2022, p. 76)

Más recientemente, la investigación sobre el tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y personal en el mundo (OIT, 2023), arrojó que:

El número de horas trabajadas, la forma en que se organizan y la disponibilidad de períodos de descanso pueden afectar notablemente no solo a la calidad del trabajo, sino también a la vida privada. El horario laboral y la organización de los períodos de trabajo y descanso pueden [ser] aspectos determinantes de la salud física y mental y el bienestar de los

trabajadores, de su seguridad en el trabajo y durante el trayecto desde su domicilio, así como de sus ingresos. El tiempo de trabajo también puede tener consecuencias de gran calado para el rendimiento, la productividad y la competitividad de las empresas. Las decisiones relativas al tiempo de trabajo pueden repercutir en la salud general de la economía, la competitividad de la industria, las tasas de empleo y desempleo, la necesidad de transporte y otros servicios, y la organización de los servicios públicos. El tiempo de trabajo, a través de medidas como la reducción de jornada/trabajo compartido y los horarios flexibles, es una herramienta fundamental para contrarrestar las amenazas que se plantean en períodos de crisis económica [...]. (p. III)

En síntesis, la OIT se ha preocupado constantemente —a partir de los estudios realizados en diferentes regiones del mundo desarrollado y de los países en desarrollo— por reducir las brechas salariales, garantizar la igualdad en el empleo, sin discriminación de ninguna índole, en un ambiente de trabajo seguro y saludable, y promover la adopción de normas nacionales sobre los cuidados y la conciliación del trabajo con la atención a la familia.

III. EXAMEN COMPARATIVO

3.1. LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE

En los países de América Latina y el Caribe existen más de 200 leyes dedicadas al tema que se analiza. En general, estas se refieren a: licencias maternales para el cuidado y la lactancia, paternales, parentales y de cuidados de dependientes de distintos tramos etarios; establecimiento y facilidades de acceso a servicios de cuidados extrahogar; medidas antidiscriminatorias en el empleo para madres y padres; seguridad social en caso de maternidad y asistencia médica preventiva y curativa de los hijos o las hijas; promoción de la maternidad y paternidad responsables; responsabilidad compartida para las familias y la comunidad; cuidado y mecanismos de integración social de personas con discapacidad; transferencias monetarias para cui-

dadoras; y protección constitucional para personas proveedoras de cuidado, no remuneradas (CEPAL, 2024, s.p.).

En particular, se destacan:

- Argentina: La Ley 27.555 (2020), «Régimen legal del contrato de teletrabajo», regula que las personas que trabajen bajo esta modalidad y acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de 13 años, personas con discapacidad o adultas mayores, que convivan con la persona trabajadora y requieran asistencia específica, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada.
- Colombia: La Ley 2.114 (2021) amplió la licencia de paternidad, creó la parental y la parental flexible de tiempo parcial. Luego, la Ley 2281 (2023) creó el Sistema Nacional de Cuidado con el fin de reconocer, reducir, redistribuir, representar y recompensar el trabajo de cuidado, remunerado o no, mediante un modelo corresponsable entre el Estado, el sector privado, la sociedad civil, las familias, las comunidades, las mujeres y los hombres, en sus diferencias y diversidad, para compartir equitativamente sus deberes respectivos en cuanto a dichas labores.
- Uruguay: La Ley 19.978 (2021), «Ley de teletrabajo», reconoció la necesidad de esta modalidad en la generación de empleo y, particularmente, en el acceso a puestos de trabajo de personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o de quienes ellas dependan o a cuyo cuidado estén obligadas.
- Venezuela: La «Ley orgánica para la atención y desarrollo integral de las personas adultos(as) mayores» (2021) tiene por objeto garantizar el respeto a la dignidad humana de este segmento poblacional, el pleno ejercicio de sus derechos y garantías, y el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades; en ella se reconocen la autonomía y el libre desenvolvimiento de la personalidad de estos sujetos, por medio de la atención integral que deben brindarles el Estado, las familias y la sociedad para asegurar su buen vivir, bienestar, calidad de vida, seguridad y envejecimiento saludable, activo, digno y feliz. En el Artículo 29, se comina al Estado a promover «la formación de cuidadoras y cuidadores de personas adultas mayores para la atención domiciliaria, a través de programas educativos donde participen las familias y las comunidades».

El informe regional para América Latina y el Caribe, derivado del estudio sobre los cuidados en el trabajo, puso de manifiesto que:

A pesar de las brechas y desafíos que persisten, en la última década varios países de la región han cristalizado avances considerables en las políticas relacionadas con las licencias y los servicios de cuidados. Algunos han comenzado, además, el camino hacia la consolidación de propuestas integrales en ese ámbito. (OIT, 2022, p. 76)

3.2. CUBA

— *Constitución de la República*

El Título V de la Constitución [GOR-E, (5), 2019, pp. 69-116] está dedicado a los derechos, los deberes y las garantías fundamentales, con énfasis en la corresponsabilidad parental; así lo reafirman las disposiciones generales que aparecen desde el Artículo 41 hasta el 44, en especial el 43, que proclama:

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y responsabilidades en lo económico, político, cultural, laboral, social, familiar y en cualquier otro ámbito, garantizando el Estado que se ofrezcan a ambos las mismas oportunidades y posibilidades. En tal sentido éste debe propiciar el desarrollo integral de las mujeres y su plena participación social. (p. 79)

En los artículos del 64 al 70 se reconocen, con rango constitucional, los principios del Derecho de trabajo, mediante el ejercicio del derecho a un empleo digno, de elección personal, según la calificación y aptitud de cada quien, atendiendo a las exigencias de la economía y la sociedad. Para ello, «el Estado organiza instituciones y servicios que faciliten a las familias trabajadoras el desempeño de sus responsabilidades» —Artículo 64, p. 82.

El Artículo 81 establece que las familias se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes (p. 84). Por tanto, el hombre y la mujer son igualmente responsables ante los miembros de su familia. El 84 contempla esa igualdad de responsabilidades y funciones, esenciales en la educación y formación integral de los hijos; a la vez, señala que ellos y cualquier pariente que cumpla

funciones de guarda y cuidado tienen el deber de contribuir activamente al desarrollo pleno de la personalidad del infante (pp. 84-85).

Los preceptos 88 y 89 prevén que la tríada integrada por el Estado, la sociedad y las familias, en lo que a cada uno corresponde, tiene la obligación de proteger, asistir y facilitar las condiciones para satisfacer las necesidades de las personas adultas mayores y de las personas en situación de discapacidad, y elevar la calidad de vida de estas, considerando las vulnerabilidades de unos y otros (p. 85).

La corresponsabilidad parental con respecto a los hijos, los adultos mayores y las personas en situación de discapacidad en el seno familiar incentiva el estudio sobre el apoyo por parte de todos los actores, sea la sociedad, el Estado, los organismos, los entes territoriales, públicos y privados y la comunidad, para que aquella se ejerza sin crear un estado de agobio, tensión, estrés y desprotección para quienes deben cumplir las tareas del hogar, sin desatender sus obligaciones laborales, que generan los ingresos para satisfacer las necesidades materiales y espirituales de todo tipo en el seno familiar.

— *Programa nacional para el adelanto de las mujeres*

El PAM, implementado con el Decreto presidencial No. 198 [GOR-E, (14), 2021, pp. 247-259], basa su accionar en el principio de la responsabilidad compartida común a dos o más órganos, organismos, organizaciones y personas, quienes asumen una obligación o compromiso en cuanto a la creación de condiciones para que la mujer, en su doble condición de madre y trabajadora, pueda cumplir todas las tareas a su cargo.

Además, el PAM —en su análisis preliminar— incorpora los resultados de la Encuesta nacional de igualdad de género, que sirvieron de base para la elaboración de la Estrategia integral de prevención y atención a la violencia de género y en el escenario familiar —Acuerdo No. 9231 de 2021, Consejo de Ministros [GOR-E, (101), pp. 837-874]. La medida dos, del Área No. 1, dedicada al empoderamiento económico de la mujer, se refiere a:

Desarrollar en cada territorio, según las necesidades, diversas alternativas para mejorar y ampliar los servicios que se prestan a las familias, entre ellos los relacionados con el cuidado de los hijos y las personas mayores o con discapacidad; así

como los de apoyo al trabajo doméstico, con énfasis en los dirigidos a las mujeres trabajadoras que ocupan puestos imprescindibles para el desarrollo del país y aquellas que, siendo único sostén del hogar, necesitan incorporarse al empleo; la organización de dichos servicios debe basarse en el principio de la responsabilidad compartida entre el Estado, el sector no estatal, las comunidades, las familias y entre el hombre y la mujer. [GOR-E, (14), 2021, pp. 250-251]

Las áreas de especial importancia identificadas en el PAM confirman que —de acuerdo con Lara (2019)— «la implementación de políticas que permitan una conciliación Estado-familia-comunidad es fundamental para el desarrollo de las fuerzas productivas, tanto en el sector privado como [en el] estatal» (Redacción Semlac, 2019, s.p.).

Por tanto, queda explícita, también, la responsabilidad que asumen los empleadores en el equilibrio trabajo-familia y que debe ejercerse a través de la facultad discrecional que ostentan. Es imposible que una mujer trabajadora y, en su caso, un hombre igualmente, pueda cumplir su papel en la familia, si no se le conceden determinadas posibilidades para llevar a cabo al unísono todas las obligaciones en su vida laboral y personal.

No toda medida conciliatoria entre trabajo y familia promueve la corresponsabilidad social. Una medida para ser verdaderamente conciliatoria con corresponsabilidad, como su nombre indica, debe contribuir a la redistribución de las responsabilidades domésticas y del cuidado entre el ámbito del hogar, más privado, y el público; y también entre hombres y mujeres. Los cuidados y el trabajo doméstico constituyen una fuente de desigualdad no sólo en el ámbito del hogar, sino también en el laboral, y resulta necesario tener en cuenta que aún persisten patrones y prácticas culturales que oponen resistencias al cambio. (Álvarez, 2015, p. 2.)

— *Seguridad social y maternidad de la mujer trabajadora*

Cuba exhibe resultados reconocidos, a partir de las acciones desarrolladas durante los años de Revolución, con una legislación de seguridad social mediante la cual el Estado garantiza a la persona que trabaja, cuando se encuentre impedida de laborar por su edad, maternidad, paternidad, invalidez o enfermedad, la protección adecuada, con prestaciones en servicios, económicas y en especie y, en

caso de muerte, también brinda atención a los familiares que hubiese tenido a su abrigo.

El Decreto-Ley No. 56, promulgado en 2021, sobre la maternidad de la trabajadora y la responsabilidad de las familias, modificado en 2023 y 2024, con los decretos-leyes 71 y 86, respectivamente [GOR-E, (2), 2024, pp. 53-64], se destaca por su envergadura y ámbito de protección, puesto que amplió los beneficios que recibían las trabajadoras por disposiciones anteriores, a todos los sectores y las relaciones de empleo, tanto en el sector estatal como en el privado, a trabajadoras de empleadores autónomos o por cuenta propia.

Estas nuevas medidas tienen un efecto positivo en cuanto a la familia y, sobre todo, respecto a las futuras madres, puesto que la ley se basa en la condición de trabajadora de la mujer para que sus beneficios se extiendan a los padres y demás miembros trabajadores de la familia, como parte de la corresponsabilidad familiar; ello constituye una colaboración efectiva con las madres, sobre todo aquellas que tienen tres hijos o más, menores de edad, y las que son el único sustento permanente de la familia.

La citada disposición establece garantías salariales para la trabajadora gestante, con cambio de puesto de trabajo, cuando el que ostente sea perjudicial al embarazo, al igual que, si acredita certificado médico que la incapacite para laborar durante la gestación y no puede ser reubicada, recibe el salario, pero interrumpe su labor, sin pérdida del empleo. Tanto la licencia prenatal, de seis semanas de duración, como la postnatal, de 12, se otorgan con carácter obligatorio, para garantizar el descanso de la grávida ante la proximidad del parto, su recuperación con posterioridad a él y la atención del recién nacido; ambas son retribuidas. Posterior al término de la licencia postnatal, la madre puede acogerse a la prestación social remunerada hasta los 15 meses de nacido el menor o trasladar ese derecho al padre u otros familiares trabajadores.

Se consideran, asimismo, las licencias parentales no retribuidas para madres y padres, dirigidas a la atención de niños y adolescentes hasta 17 años de edad; estas pueden tener una duración de hasta seis meses en un año y son retribuidas cuando la madre obtenga el correspondiente certificado expedido por personal médico. El subsi-

dio puede pagarse a esta o al padre, si no existe otro miembro de la familia que pueda dispensar el cuidado necesario al menor enfermo.

Si el infante presenta una enfermedad o una discapacidad física, mental o sensorial, amparada por dictamen médico que requiera una atención especial, la trabajadora o el trabajador del sector estatal puede acogerse a una licencia no retribuida, a partir del primer año de vida del menor, hasta que cumpla los cinco años de edad, sin pérdida de su puesto de trabajo. Este derecho es transferible a los abuelos trabajadores.

Como se comprueba, se trata de derechos de la trabajadora y su familia. El empleador está imposibilitado para denegar los permisos correspondientes, porque la ley los dispone y son de obligatorio cumplimiento, en el ámbito del principio protectorio del Derecho de trabajo.

— *El Código de trabajo, su Reglamento y la legislación complementaria*

El Artículo 2 del Código de trabajo vigente [GOR-E, (29), 2014, p. 454] establece los principios fundamentales que rigen el Derecho del trabajo y que, a la vez, son derechos de las personas que laboran, entre ellos, la igualdad y no discriminación en el empleo y en el salario, y otros que se materializan en su propio texto y en la legislación complementaria. El Capítulo IV se dedica a la protección a la trabajadora; la regulación considera su participación en el proceso de trabajo y su función social como madre.

Sin embargo, de acuerdo con el Artículo 108, la concesión de licencias no retribuidas a trabajadores con responsabilidades familiares, para la atención y el cuidado de las personas a su cargo, constituye una facultad discrecional del empleador, quien la autoriza, o no, según su parecer. El precepto no precisa el tiempo por el que puede extenderse la licencia, sin pérdida del cargo que se ocupa; tampoco se pronuncia sobre si es posible mantener alguna actividad laboral remunerada con su propia entidad u otra.

Este es un aspecto que aún requiere estudio porque en el seno familiar hay adultos mayores, personas en situación de discapacidad y otros vulnerables, con necesidades especiales, que precisan de una atención permanente y no hay una disposición normativa que garantice los cuidados en períodos de tiempo prolongados y conser-

vando el empleo, como se ha observado en legislaciones de otros países, lo que contribuiría sobremanera a la estabilidad laboral de la trabajadora.

Desde el año 2019 —a partir de todos los instrumentos jurídicos mencionados con anterioridad y el CFS, así como la atención social que los principales dirigentes del Estado y del Gobierno están prestando a la comunidad, directamente— se han abierto las posibilidades para la ratificación del Convenio 156 de la OIT; con ello, se motivarían las modificaciones a la señalada facultad discrecional, en el proceso de actualización de la legislación laboral.

En 2021, se dictó la Resolución No. 71, de la ministra de Trabajo y Seguridad Social, sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo [GOR-E, (72), pp. 687-693], la que pudiera coadyuvar a aquel empeño, pero no todos los cargos y empleos son factibles de ejecutarse sin acudir al centro de trabajo o con un régimen híbrido, ni están creadas todas las condiciones para que las personas puedan disponer de la tecnología suficiente que les permita estabilidad y conectividad para desempeñar sus funciones de forma remota.

Además, cuando se trata de la mujer, el trabajo a distancia o remoto la beneficia en su condición de madre y cuidadora, pero, en muchas ocasiones, conspira contra su tiempo de descanso, ya que no existe, claramente expuesto, el derecho a la desconexión digital, para evitar interrupciones en períodos en que ella deba atender sus obligaciones familiares. Esta situación puede causar tensiones y situaciones de estrés que afecten la salud de las personas.

— *El Código de las familias*

El CFS [GOR-O, (99), 2022, pp. 2893-2995] incluye regulaciones sobre la corresponsabilidad parental y la responsabilidad compartida que ha de dispensarse sobre la base de la coparticipación, la cooperación, la protección, la responsabilidad y el respeto mutuo.

Entre los principios que rigen las relaciones familiares también se encuentra la igualdad plena y no discriminación entre mujeres y hombres, que constituye, a su vez, un derecho en el ámbito familiar, en el sentido de la distribución equitativa del tiempo destinado al trabajo doméstico y de cuidado entre todos los miembros de la familia, sin sobrecargas para ninguno de ellos, puesto que, si son trabajado-

res, deben conciliar estas tareas de cuidado con las laborales de su empresa u organización.

Esta ley es explícita en cuanto a los cuidados y su contenido, las personas cuidadoras, sus derechos y deberes, así como las responsabilidades que asumen la familia, la sociedad y el Estado, con las cuales se involucran en la conciliación trabajo-familia. González Ferrer (2022) asegura que:

Con respecto a las personas cuidadoras, el título 8, que es de las instituciones de guarda y protección, en su capítulo número 7, incluye el tratamiento a las personas cuidadoras familiares. El Código define cuándo se considera una persona cuidadora familiar, que es aquella que asume total o parcialmente la responsabilidad en la atención a una o varias personas en el núcleo familiar, por razones diversas. Expresa cuál es el contenido de responsabilidad de esa persona cuidadora, que es precisamente asumir el cuidado, ayudar a la educación, a la vida social, gestiones administrativas, vigilancia permanente, ayuda psicológica, actividades domésticas, en fin, todo lo que implica el contenido del cuidado.

Pero también se regula el respeto a la autonomía y la dignidad de la persona cuidadora, la prohibición de discriminación y violencia hacia ella, la capacitación que requiere una persona cuidadora y ahí, responsabiliza al Estado de garantizar institucionalmente la capacitación que se requiere, eso, por supuesto, va a tener una implicación en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cada uno de los derechos y deberes que tienen las personas cuidadoras son regulados.

En este caso, igual que en la valoración económica del trabajo doméstico, implica que la persona que esté recibiendo un salario, que tenga entradas económicas, tiene que también cubrir las necesidades de estas personas, precisamente porque tiene un valor económico lo que esa persona está haciendo. El primer responsable de la persona cuidadora es la propia familia. Si estamos hablando entre tres hermanos, de uno que se encarga al que está [sic.] al cuidado de los padres, los otros hermanos tienen que solventar las necesidades de esas personas que requieren cuidado y también del cuidador,

porque muchas veces el cuidador es una persona que deja su trabajo para dedicarse a la labor de cuidado y en primer lugar a quienes hay que exigirle la responsabilidad económica es a la familia en dependencia del grado [de] parentesco que tengan, pero es en primerísimo lugar a la familia. (s.p.)

En una de las disposiciones finales del CFS, se ha instruido al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a fin de que dicte las disposiciones jurídicas para la protección de los derechos de las personas cuidadoras familiares, tomando en cuenta el envejecimiento poblacional en ascenso y la necesaria atención de los adultos mayores y personas en situación de discapacidad que requieren cuidados permanentes, sin que los demás miembros trabajadores de la familia puedan brindárselos ante la pérdida de recursos económicos. Tómese en cuenta que las prestaciones de la asistencia social son de un monto tal que no posibilitan acogerse a ellas sin otro sustento económico.

Con tal mandato, la legislación laboral deberá incorporar el tratamiento de los cuidados y las responsabilidades familiares para que los trabajadores tengan la debida protección y no quede, a la libre discrecionalidad del empleador, el otorgamiento de permisos o licencias, cuando sean de carácter urgente, para garantizar que el entorno laboral no sea motivador de estrés y otros trastornos emocionales.

IV. EL ESTADO, LA COMUNIDAD Y LOS ACTORES SOCIALES

El Estado socialista garantiza la justicia social y, con tal propósito, brinda una amplia cobertura, universal y gratuita, de servicios de salud, educación, cultura, deportes, seguridad y asistencia social, en sentido amplio, a todas las personas, pero, especialmente, a los grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad. El PNDES incluye programas específicos para el reconocimiento, la valorización y redistribución del trabajo de cuidados desde un enfoque de igualdad, corresponsabilidad y derechos a cuidar y ser cuidados.

Las ayudas sociales consideran priorizar la construcción y reparación de viviendas; en este marco, se adoptó un acuerdo del Consejo de Ministros para otorgar, gratuitamente, soluciones habitacionales a madres de tres hijos o más, con necesidades de viviendas. En los

últimos tres años, han sido beneficiadas más de 6000 mujeres en tal situación.

Asimismo, se han dado pasos para que, a nivel local, la comunidad y las organizaciones sociales y de masas colaboren en la búsqueda de un empleo para que ellas puedan sostener a sus familias por sí mismas, pero, también, con la corresponsabilidad de los padres de los menores, a fin de que no se vean precisadas a abandonar el empleo por esa causa o, si así lo hicieran, logren conseguir otro que se corresponda con sus conocimientos y el nivel de instrucción alcanzado, con posterioridad. Se han hecho ya habituales las llamadas *ferias de empleo* que permiten acceder al trabajo a quienes optan por ello, de acuerdo con sus necesidades y conocimientos.

Es una tarea priorizada, sobre todo en los barrios y las localidades en situación de vulnerabilidad, el mejoramiento de las condiciones de vida de sus habitantes con los recursos de la municipalidad y el esfuerzo propio de los residentes, mediante los conocidos *proyectos de desarrollo local*, que aseguran la ubicación laboral de gran número de personas cerca de sus viviendas, al tiempo que ofrecen otros servicios sociales y comunales, por lo que han tenido un efecto reconocido en el empleo.

La sociedad cubana y su Gobierno no se han detenido y han seguido fomentando programas importantes de abasto de agua, energía fotovoltaica y eólica, ciencia e innovación tecnológica, entre otros. En cuanto a las compras de los productos, mediante la distribución normada, que garantiza equidad entre la población, se pierde aún tiempo y esfuerzos invaluables en el sistema de mercados y tiendas, que restan del que se debe dedicar a otras actividades.

Lo mismo sucede con el transporte, notoriamente reducido, que provoca esperas interminables para la ida y el retorno del trabajo. Se suma a ello la todavía deficiente red de servicios de lavandería y otros servicios al hogar, tan necesarios para aligerar la vida de las mujeres que tienen la doble función de trabajadoras y amas de casa.

Merece especial mención la labor que se realiza en los centros de cuidados especiales a adultos mayores, sobre todo en la propia comunidad, por áreas de salud, mediante el Programa nacional de atención integral al adulto mayor, que garantiza la atención integral de estas personas en casas de abuelos y hogares de ancianos, así como la creación de círculos de abuelos, aunque estos todavía no cubren

las necesidades de esa parte de la población y se torna más complejo encontrar cuidadores remunerados (González y Díaz, 2015, pp. 7-27).

La atención prescolar, dispensada por el sistema de instalaciones educativas, en forma de círculos infantiles, garantiza la permanencia de la mujer trabajadora en su entidad, pero aún son insuficientes; además, el otorgamiento de matrícula tiene un orden en que se da tratamiento preferente a las madres de sectores priorizados, como son la salud, la educación, las ciencias, entre otros.

Como parte del proceso de perfeccionamiento y apertura de alternativas a la atención educativa de los niños en edad prescolar, el ministro de Educación dictó la Resolución No. 58 de 2021 [GOR-O, (62), pp. 1974-1978], con regulaciones para la apertura y el funcionamiento de *casitas infantiles* en empresas, unidades presupuestadas, cooperativas, empresas mixtas, organizaciones políticas, sociales o de masas. Esta disposición tuvo su origen en el incremento de la demanda de plazas para círculos infantiles y la necesidad de contribuir al empleo femenino. Ellas disponen de educadores y asesores pedagógicos, y cuentan con el respaldo del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

La *casita infantil* es una variante de atención educativa, en la modalidad institucional de la primera infancia, que presta servicios a los hijos de personas trabajadoras en aquellas entidades que, a partir de las condiciones económicas y materiales con que cuentan, puedan destinar fondos para su apertura, mantenimiento y sostenibilidad. Son obvios los beneficios económicos que representa esta alternativa para las madres y los padres trabajadores; a la vez, también propende a la estabilidad laboral. Cualquier entidad puede optar por la creación de una *casita infantil*, incluidas las nuevas estructuras económicas, como las micro-, pequeñas y medianas empresas.

V. CONCLUSIONES

En apretada síntesis de las experiencias de algunos países de América Latina y el Caribe, las normas internacionales del trabajo y los estudios e investigaciones de la OIT que han concluido en informes sobre temas que corresponden al empleo, la incorporación de la mujer a este y su conservación, los cuidados y otros, se ha podido

demostrar que la conciliación del trabajo y la familia es un asunto de carácter universal que, también, toca a Cuba analizar y resolver.

Entre las causas determinantes de las tensiones entre las normas y la realidad, se cuentan la distribución desigual de las tareas de prestación de cuidados entre hombres y mujeres, las tendencias demográficas, sociales y ambientales, los cambios en las modalidades de trabajo, la inexistencia de políticas sociales de apoyo a la familia o la precariedad de las implementadas, el impacto de la crisis económica y de la pandemia, entre otras circunstancias que, en el caso nacional, pugnan con el desarrollo de la nación.

La experiencia cubana reafirma que el cuidado es un asunto público requerido de la actuación conciliada, equilibrada y responsable de las familias, el Estado, la sociedad y la comunidad, y que las políticas públicas de inclusión y protección social, sustentadas en procesos participativos, son determinantes para reconocer, revalorar, redistribuir, remunerar y representar el trabajo de cuidados.

Cuba está en mejores condiciones que otros países para garantizar la atención y protección de los trabajadores con responsabilidades familiares, y colaborar en la conciliación de la vida laboral y familiar, mediante los permisos que el empleador deberá conceder a sus trabajadores, siempre que sea necesario, para dispensar cuidados a la familia, sin el temor de perder el empleo o afrontar las dificultades de localizar otro que satisfaga las necesidades personales y familiares. Para ello, cuenta con una red de servicios de salud y educación gratuitos, un sistema de protección social ampliamente garantista y una política enfocada hacia el empleo y la sostenibilidad de este, en los niveles nacional, territorial y local.

La sociedad de los cuidados está ganando mayor protagonismo en el mundo y en Cuba.

A partir de la Constitución, se han promulgado o modificado disposiciones normativas relativas al empoderamiento de las mujeres y la necesidad de la transversalización del enfoque de género en la legislación civil, familiar, laboral, administrativa, penal, a fin de ofrecer la debida protección a quienes realizan funciones de cuidado. No obstante, aún no se ha logrado que el hombre y otros miembros de la familia asuman esa responsabilidad compartida como parte de sus obligaciones.

La legislación nacional del trabajo debiera actualizarse, con la perspectiva siguiente:

- Incorporar las previsiones del Convenio No. 156 de la OIT, en cuanto a los trabajadores con responsabilidades familiares.
- Ampliar las licencias para trabajadores con responsabilidades familiares y modificar la forma de otorgarlas, para que se incluya la participación de la organización sindical.
- Contemplar la atención a los trabajadores con responsabilidades familiares y los cuidados como parte de los contenidos a desarrollar en el Convenio colectivo de trabajo, para contribuir a un mejor desempeño del trabajo, en general, y a garantizar políticas inclusivas, que permitan la sostenibilidad del empleo femenino y la reducción de las brechas actuales que dificultan la promoción de las mujeres a cargos de dirección estratégica.
- Incorporar la corresponsabilidad del Estado y los actores económicos y sociales, junto a la de los miembros de las familias, como vía para mejorar la atención a NNA, adultos mayores y personas en situación de discapacidad.

El país debiera ratificar el Convenio No. 156 de la OIT, sobre la igualdad de oportunidades y trato de los trabajadores con responsabilidades familiares. Para ello, habría que desarrollar un conjunto de acciones que tendrían como sustento principal la formación del personal en estos contenidos, la creación de empleos de cuidadores, la actualización del sistema de seguridad y asistencia social, los servicios y medios de atención al hogar. Entre otras acciones, pudieran contemplarse:

- El desarrollo y la promoción de servicios de asistencia familiar y otros servicios comunitarios, públicos o privados.
- La reducción progresiva de la duración de la jornada de trabajo, la flexibilización de los horarios y los períodos de descanso, la aplicación de alternativas a las formas modernas de trabajo a distancia y teletrabajo.
- La implementación de servicios de ayuda en el hogar y de cuidado a domicilio, adecuadamente reglamentados y supervisados, que

tengan un costo razonable, acorde con las posibilidades económicas de las personas.

VI. REFERENCIAS

- Acuerdo No. 9231, Consejo de Ministros, «Estrategia integral de prevención a la violencia de género y en el escenario familiar». (Diciembre 9, 2021). *GOR-E*, (101), 837-874.
- Adatti, L., Cattaneo, U., Esquivel, V. y Valarino, I. (2019). *El trabajo de cuidado y los trabajadores del cuidado. Para un futuro con trabajo decente*. Organización Internacional del Trabajo. <https://www.ilo.org/es/publications/major-publications/el-trabajo-de-cuidados-y-los-trabajadores-del-cuidado-para-un-futuro-con>
- Álvarez Suárez, M. (Enero-junio, 2015). Políticas públicas de cuidado con corresponsabilidad. *Novedades en Población*, (21), 130-136. <http://scielo.sld.cu/pdf/rnp/v11n21/rnp090115.pdf>
- Álvarez Suárez, M., Franco Suárez, M. C., Palmero García, Y., Díaz Medina, Y., Iglesias Rodríguez, M. y Quesada Gutiérrez, E. (2019). Encuesta nacional sobre igualdad de género. *Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, 9(3), 132-134. <https://revistaccuba.sld.cu/index.php/revacc/article/view/678>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2024). Observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe. <https://oig.cepal.org/es/paises>
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Decreto-Ley No. 56 de 2021, «De la maternidad de la trabajadora y la responsabilidad de las familias» (modificado por los decretos-ley 71 de 2023 y 84 de 2024). (Junio 26, 2024). *GOR-E*, (2), 53-64.
- Decreto No. 326, «Reglamento del Código de trabajo». (Junio 17, 2014). *GOR-E*, (29), 483-523.
- Decreto presidencial No. 198, «Programa nacional para el adelanto de las mujeres». (Marzo 8, 2021). *GOR-E*, (14), 247-259.

Fariñas Acosta, L. y Carmona Tamayo, E. (Junio 2, 2023). Cuba en Datos: Envejecimiento y esperanza de vida, ¿qué dicen los indicadores demográficos? *Cubadebate*. <http://www.cubadebate.cu/especiales/2023/06/02/cuba-en-datos-envejecimiento-y-esperanza-de-vida-que-dicen-los-indicadores-demograficos/>

González Ferrer, Y. (2022). Deberes y derechos en el nuevo Código de las familias cubano [entrevista]. <https://www.eleconomista.cu/algunas-explicaciones-sobre-derechos-y-deberes-economicos-que-se-adquieren-con-el-nuevo-codigo-de-las-familias-cubano/>

González López, R. y Díaz Bernal, Z. (2015). *Las casas de abuelos. La experiencia cubana hacia la transversalización del género y etnicidad en salud*. OPS/OMS-ECIMED. <http://iris.paho.org>

Echevarría León, D., Rojas Piedrahita, M. y Tejua Martínez, M. (2019). Género y trabajo: puntos ciegos de las políticas de empleo en Cuba. *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina* [online], 7(3), 148-162. <http://scielo.sld.cu>

Ley No. 116, «Código de trabajo». (Junio 17, 2014). *GOR-E*, (29), 453-483.

Ley No. 156, «Código de las familias». (Septiembre 27, 2022). *GOR-O*, (99), 2893-2995.

Oficina Nacional de Estadísticas e Información. (2023). Observatorio de Cuba sobre Igualdad de Género. <https://www.genero.onei.gob.cu/>

Organización de Naciones Unidas. (2014). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra de la mujer (CEDAW). En *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 93-110. OACNUDH.

Organización de Naciones Unidas. (2014). Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. En *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Declaración política y documentos resultados de Beijing +5* (1.^a reimp.), 7-226. United Nations Women. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>

Organización de Naciones Unidas. (2018). *La Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible. Una oportunidad para América Latina.* CEPAL. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/cb30a4de-7d87-4e79-8e7a-ad5279038718/content>

Organización Internacional del Trabajo. (2011). Conciliación del trabajo y la vida familiar. https://ilo.org/media/Downloads/wcms_163643.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2015). ILSE: Biblioteca electrónica sobre las normas internacionales del trabajo. www.ilo.org

Organización Internacional del Trabajo. (2019). Las mujeres en la gestión empresarial. Argumentos para un cambio. <https://www.ilo.org/es/publications/las-mujeres-en-la-gestion-empresarial-argumentos-para-un-cambio-0>

Organización Internacional del Trabajo. (2022). Los cuidados en el trabajo: Invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo [informe regional para América Latina y el Caribe]. www.ilo.org

Organización Internacional del Trabajo. (2023). Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y personal en el mundo. www.ilo.org

Pantoja Hernández, J. M. y Palmero García, Y. (Octubre, 2022). Medición del trabajo no remunerado y cuidados: Experiencia de Cuba. Logros, desafíos y perspectivas. <https://en.www.inegi.org.mx/eventos/2022/rut/doc/DialogoUP/JPantojaYPalmero.pdf>

Redacción Semlac. Uso del tiempo desvela inequidades entre mujeres y hombres. (Abril 4, 2019) [artículo publicado en AmecoPress]. <https://amecopress.net/Cuba-Uso-del-tiempo-desvela-inequidades-entre-mujeres-y-hombres>

Resolución No. 58, ministra de Educación. (Junio 3, 2021). GOR-O, (62), 1974-1978.

Resolución No. 71, ministra de Trabajo y Seguridad Social,
«Reglamento sobre el trabajo a distancia y el teletrabajo». (Agosto 18, 2021). GOR-E, (72), 687-693.

*Trabajo y familia: Hacia 379 nuevas formas de conciliación con
corresponsabilidad social.* (2009). OIT-PNUD. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_111376.pdf

PROTECCIÓN A LAS FAMILIAS: MIRADA JURÍDICA DESDE LA SEGURIDAD SOCIAL¹

FAMILY PROTECTION: LEGAL VIEW FROM THE SOCIAL SECURITY

■ M.Sc. AYMEE FERNÁNDEZ TOLEDO

Magistrada, Sala del Trabajo y de la Seguridad Social,
Tribunal Supremo Popular, Cuba

<https://orcid.org/0000-0001-8041-2803>

aimee@tsp.gob.cu

■ M.Sc. EDILTRUDYS VERDECIA MOCK

Jueza profesional titular,
Tribunal Municipal Popular de Santiago de Cuba, Cuba

<https://orcid.org/0009-0009-4717-0481>

ediltrudys_sc@tsp.gob.cu

Resumen

La seguridad social es el conjunto de medidas que los Estados ponen en práctica para ofrecer protección a las personas trabajadoras y sus familias, y la población, en general, frente a la situación de necesidad económica a que pueden conllevarlos determinadas contingencias o riesgos que afectan la capacidad laboral y la consecuente obtención de los ingresos derivados del trabajo, como pueden ser enfermedad y accidentes (de origen común o profesional), invalidez, maternidad, vejez y muerte. El sistema de seguridad social nacional, configurado por un régimen general

¹ El presente trabajo se origina en el marco del proyecto de investigación «La efectiva tutela judicial de los derechos del trabajo: necesidad para el perfeccionamiento del modelo de desarrollo socialista», asociado al programa sectorial de ciencia e innovación del Tribunal Supremo Popular, «Perfeccionamiento de la justicia judicial para contribuir al desarrollo de la sociedad cubana del siglo XXI».

y varios especiales, plasmados en varias disposiciones normativas, se ha visto impactado por la copernicana transformación de la legislación familiar y, aunque algunas de sus instituciones han sido adecuadas a esa nueva realidad jurídica, persisten espacios que no alcanzan a salvaguardarla, en toda su riqueza. El presente trabajo pretende aproximarse, críticamente, a tal situación y aportar a la construcción del trayecto a recorrer, en pos de la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: Seguridad social; reforma de la ley familiar; protección a las familias; tutela judicial efectiva.

Abstract

Social security is the set of measures that States put into practice to offer protection to workers and their families, and to the population in general, against the situation of economic need to which certain contingencies or risks that affect their capacity to work and the consequent obtaining of income from work may lead them, such as illness and accidents, of common or professional origin, invalidity, maternity, old age and death. The national social security system, made up of a general regime and several special regimes, embodied in various normative provisions, has been impacted by the copernican transformation of family legislation and, although some of its institutions have been adapted to this new legal reality, there are still areas that do not manage to safeguard it in all its richness. This paper aims to take a critical look at this situation and to contribute to the construction of the path to be followed in pursuit of effective judicial protection.

Keywords: Social security; family law reform; family protection; effective judicial protection.

Sumario

I. Introducción; II. Hitos de la seguridad social en Cuba; 2.1. Antes de 1959; 2.2 Después de 1959; III. Los nuevos desafíos; IV. De vuelta a los principios; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la seguridad social puede ser definida como

la protección que la sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia. (2001, p. 1)

Sus orígenes se ubican en la Alemania del siglo XIX, a partir de la conocida *estrategia Bismarck*, «que estableció el primer sistema de seguro social», a la usanza moderna, caracterizado por generar «ventajas laborales y de protección basadas en un sistema contributivo», a cargo de empresarios y trabajadores (Toyama, 2008, p. 595). Este modelo fue criticado por abarcar solamente a los trabajadores y no cubrir todos los riesgos a los que estos estaban expuestos. En contraposición a él, surgió en Inglaterra, en el siglo XX, la estrategia Beveridge, que postulaba un sistema universal de redistribución de la renta y promovía «un espíritu solidarista [sic.] y de protección a quienes más lo [requerían] aun cuando no tuvieran un sistema de cotización» (Toyama, 2008, p. 595).

Aparece, de esta forma, la noción de seguridad social, entendida, en palabras de Toyama (2008) —con apoyo en Alonso Olea y Tortuero Plaza, entre otros—, como

[...] el conjunto de normas y principios elaborados por el Estado con la finalidad de prevenir y proteger las situaciones de necesidad de los sujetos independientemente de su vinculación profesional a un empresario y de su contribución o no al sistema. En ese sentido, la seguridad social protege la relación jurídica de seguridad social, caracterizada en esencia, por ser pública y universal. (p. 596)

La Constitución de la República consagra el derecho de la persona que trabaja a la seguridad social, sistema que ha de brindarle «la protección adecuada cuando se encuentre impedida de laborar por su edad, maternidad, paternidad, invalidez o enfermedad», y que se extiende «a los abuelos u otros familiares del menor de edad, en función del cuidado y atención a este», y, «en caso de muerte de la persona

que trabaja o se encuentra pensionada, [...] a su familia [...].» A la vez, el texto supremo ofrece abrigo, mediante la asistencia social, «a las personas sin recursos ni amparo, no aptas para trabajar, que carezcan de familiares en condiciones de prestarle ayuda; y a las familias que, debido a la insuficiencia de los ingresos que perciben, así lo requieran [...]» —artículos 68 y 70 [GOR-E, (5), 2019, p. 82].

Tales previsiones se hallan en sintonía con el modelo de Estado de derecho y justicia social proclamado en el primer precepto de la Carta fundamental (p. 71) y con los compromisos internacionales asumidos en disímiles tratados internacionales, entre los que se encuentran:

- La Declaración universal de derechos humanos, en cuyo Artículo 22 se refrenda el derecho de toda persona «[...] a la seguridad social, y [...] la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad» [Organización de Naciones Unidas (ONU), 2014, p. 8].
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, que, de manera similar a la anterior, en su Artículo 5, inciso e), ordinal iv), reconoce el derecho en cuestión (ONU, 2014, p. 17).
- El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en especial, el Artículo 9, en el que se establece el derecho a la seguridad social y el seguro social; el 10, que significa la protección por maternidad, antes del parto y después de él (ONU, 2014, p. 33).
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuyo Artículo 11 se desarrolla el derecho que a ellas asiste de obtener la protección de la seguridad social, incluidos los riesgos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, lo cual se enfatiza, en el precepto 14.2 c) para las mujeres rurales (ONU, 2014, p. 100, 102).
- La Convención sobre los derechos del niño, que dota de igual salvaguarda a las personas menores de 18 años de edad —Artículo 26 (ONU, 2014, p. 132).
- La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la cual se enfatiza la necesidad de brindar *protección social* a este segmento poblacional, con miras a su plena inclusión y el

ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad; tal concepto incluye la seguridad social y otras medidas que les proporcionen vivienda, alimentación, agua, servicios de salud, asistencia financiera (*Compendio de derechos humanos..., 2012, pp. 355-356*).

A los anteriores instrumentos del sistema universal de derechos humanos —incorporados al derecho interno en virtud del Artículo 8 constitucional [GOR-E, (2019), p. 72]—, se adicionan los concertados por iniciativa de la OIT, de la que Cuba es miembro fundacional, particularmente:

- La Declaración de Filadelfia, en la que se fija, como principio de la actuación de esa organización y de los Estados que la integran, la extensión de las medidas de seguridad social para «garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa; proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones; y proteger a la infancia y a la maternidad» (OIT, 2015, s.p.).
- La Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, que incluye, entre los cuatro ejes estratégicos del *programa de trabajo decente*, el de

adoptar y ampliar medidas de protección social —seguridad social y protección de los trabajadores— que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de:

- la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos;
- condiciones de trabajo saludables y seguras; y
- medidas en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección. (OIT, 2015, p. 10).

- El Convenio sobre la protección de la maternidad (No. 3, de 1919), en el que se establece que toda mujer ha de cesar en sus labores durante un período mínimo de seis semanas antes del parto y con posterioridad a él, con derecho a recibir una prestación económica, a cargo del Estado, que asegure su manutención y la de su hijo; los servicios de salud para el alumbramiento y dos descansos de media hora, una vez reincorporada al trabajo, para amamantar. Asimismo, se preserva su vinculación al empleo, al consagrar la imposibilidad del empleador de despedirla mientras se encuentre en el receso mencionado (OIT, 2015, s.p.).
- El Convenio sobre indemnización por accidentes de trabajo (agricultura) (No. 12, de 1921), por el que se extiende a todos los trabajadores asalariados agrícolas el beneficio contenido en la legislación dirigido a indemnizar a las víctimas de accidentes sobrevenidos a causa del trabajo o durante su ejecución (OIT, 2015, s.p.).
- El Convenio sobre la indemnización por accidentes de trabajo (No. 17, de 1925), en el que, como su denominación indica, se prevé el pago de una indemnización al trabajador que resulte víctima de un accidente de trabajo o sus derechohabientes, compensación que, en el caso de incapacidad permanente o muerte, ha de adoptar la forma de una renta (OIT, 2015, s.p.).
- El Convenio sobre las enfermedades profesionales (No. 18, de 1925), que relaciona las patologías a las que habrá de darse ese carácter y el derecho a una indemnización por tal causa, la que no podrá ser inferior a la protección que se dispensa a los accidentes profesionales (OIT, 2015, s.p.).
- El Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes de trabajo) (No. 19, de 1925), por el que se asume el compromiso de proporcionar igual tratamiento a los trabajadores víctimas de esta clase de siniestros, sean nacionales o extranjeros (OIT, 2015, s.p.).
- El Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado) (No. 42, de 1934), mediante el que se actualizaron las previsiones de su antecesor (OIT, 2015, s.p.).
- El Convenio sobre la protección de la maternidad (No. 183, de 2000), en el que se contempla la exención para la mujer embarazada de desempeñar trabajos de riesgo para ella o el bebé, al tiempo que

se extiende a 14 semanas la licencia por maternidad, de las cuales seis han de corresponder al período posterior al parto; se estipula la prórroga de la licencia prenatal cuando el alumbramiento no tenga lugar en la fecha pronosticada; se consagra que el monto de la prestación pecuniaria no ha de ser inferior a los dos tercios de los ingresos recibidos con anterioridad, complementada con prestaciones de servicios médicos; se mantiene la protección al empleo y se insta a establecer medidas para que la maternidad no se convierta en una causa de discriminación, entre otras garantías (OIT, 2015, s.p.).

El sistema de seguridad social nacional se configura a partir de un régimen general, expresado en la Ley No. 105, de 27 de diciembre de 2008, «De seguridad social» (LSS) [GOR-E, (4), 2009, pp. 15-25] y el Decreto No. 283, de 7 de abril de 2009, Reglamento de la anterior [GOR-E, (13), 2009, pp. 59-86], en la forma en que quedaron modificados por el Decreto-Ley No. 36 [GOR-O, (51), 2021, pp. 1509-1510] y el Decreto No. 39 [GOR-O, (51), 2021, pp. 1510-1512], respectivamente, a los que se unen varios regímenes especiales, entre los que se cuentan los dedicados a las unidades básicas de producción cooperativa (UBPC), los atletas activos categorizados y las glorias deportivas, los miembros de las cooperativas de producción agropecuaria (CPA), el Ministerio del Interior (MININT), los trabajadores por cuenta propia, los socios de las cooperativas no agropecuarias (CNA) y de las micro-, pequeñas y medianas empresas (mipymes). También forma parte de este sistema la legislación dedicada a la maternidad.

Todas estas disposiciones normativas fueron estremecidas por la modificación de la ley familiar. El Código de las familias (CFS) [GOR-O, (99), 2022, pp. 2893-2995], consecuente con la relevancia de estas como célula fundamental de la sociedad y a tono con la diversidad que las caracteriza en la actualidad, así como con el desarrollo de las instituciones jurídico-familiares a escala global, reguló nuevas realidades, tales como el parentesco socioafectivo, la multiparentalidad, la gestación solidaria, el cuidado familiar, la guarda de hecho, el acogimiento familiar, entre otras, que no encuentran cabal protección en el ordenamiento del trabajo y la seguridad social, llamado a erigirse en un complemento imprescindible para que se concrete la voluntad tuitiva del legislador.

Aunque se actualizó la normativa relativa a la maternidad, aún quedan situaciones que no encuentran respuesta en el texto legal. La adecuación de la legislación común del trabajo y de la seguridad social aún está pendiente. Ello comporta un serio escollo, particularmente, para la impartición de justicia, en la medida en que el juez, a quien corresponderá darle solución a los nuevos tipos de conflictos jurídicos que se planteen en estas materias, con base en la reforma familiar, no podrá encontrar respuesta en la ley o, a lo sumo, encontrará en ella una contestación distante, no idónea para el contexto actual.

De ahí que el presente texto pretenda abrir camino al debate científico, con vistas a desentrañar cómo pudieran los tribunales ofrecer una tutela judicial efectiva a las nuevas realidades jurídico-familiares en materia de seguridad social, a pesar del desfasaje entre un ordenamiento y el otro.

II. HITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN CUBA

2.1. ANTES DE 1959

El colonialismo nada legó en el terreno de la legislación social. Luego de instaurarse la República en 1902, con los rasgos que le impuso el sistema capitalista imperante, con sus vestigios de esclavismo, el país se convirtió en uno de los primeros de Latinoamérica en establecer instituciones de seguro social. Inicialmente, estas respondieron a los intereses de la burguesía nacional. Ello explica que el primer seguro en crearse fuera el de las fuerzas armadas, en 1913, al que siguieron los de otros sectores representativos de dicha burguesía, destinados a realizar concesiones a los servidores del poder político.

La primera manifestación legislativa de protección obrera fue la Ley de accidentes de trabajo, en 1916. Luego, se crearon seguros a favor de los sectores obreros más organizados, como los ferroviarios (1921) y marítimos (1927), los que se fueron incrementando hasta alcanzar, en 1959, la cifra de 52 entidades, bajo diferentes denominaciones: cajas de fondos, cajas de retiro o seguros, clasificadas de acuerdo con los sectores de procedencia, en jubilaciones y pensiones del Estado, seguros profesionales y seguros de los trabajadores.

En 1933, se dictó una nueva Ley de accidentes del trabajo —acorde con el Convenio de la OIT suscrito por Cuba— que incluyó la regulación sobre las enfermedades profesionales y, un año después, se promulgó la primera Ley sobre maternidad obrera, puesta en vigor en 1938. El campo de aplicación de los seguros de invalidez, vejez y muerte solo llegó a cubrir del 40 al 50% de los trabajadores asalariados, limitación que afectó, principalmente, al sector agrícola. A los reducidos índices de cobertura, se sumaron la falta de financiamiento y los desfalcos a los escasos fondos de las cajas de retiro, lo cual incrementó la desprotección social (MTSS, s.f., s.p.).

2.2. DESPUÉS DE 1959

Tras el triunfo revolucionario, el Gobierno emprendió modificaciones sustanciales en la seguridad social, en especial:

- Dotó de fondos a las cajas de retiro o seguro para el pago de las pensiones de los trabajadores; elevó la cuantía mínima de las pensiones concedidas hasta diciembre de 1959, con lo cual se benefició el 88.8% de los pensionados del sector laboral.
- Ofreció protección a las víctimas de la guerra de liberación de ambos bandos.
- Creó el Ministerio de Bienestar Social, con el fin de atender a toda la población desamparada.
- Fundó el Banco de los Seguros Sociales de Cuba (BANSESCU) para unificar las cajas de retiro y ampliar la cobertura de los trabajadores.
- Confirió la administración y el gobierno de los seguros sociales al Estado (Ministerio de Trabajo; en la actualidad, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, MTSS).
- Confirió el cobro de las contribuciones exigidas por las diversas instituciones de seguros al Ministerio de Hacienda, mediante un procedimiento uniforme.
- Incluyó los gastos de la seguridad social en el presupuesto del Estado y confió las operaciones de pago al Banco Nacional de Cuba.
- Extendió la asistencia médica gratuita a todas las zonas del país.

Tales esfuerzos llevaron al nacimiento de la Ley No. 1100 de 1963, que representó la culminación del proceso unificador llevado a cabo y concretó los principios de universalidad, comprensividad e integridad. Esta ley reafirmó la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de las obligaciones con respecto a la seguridad social y el principio de exención de cotizaciones u otras obligaciones por parte del trabajador; amplió la protección al 100% de los trabajadores asalariados, incluidos los asalariados del campo y a sus familiares; estableció un régimen coherente de prestaciones, articuladas entre sí (monetarias, en servicio y en especie); incluyó la protección a la maternidad de la mujer trabajadora; contempló la incapacidad temporal a consecuencia de una enfermedad o accidente de origen común, antes inexistente; y reconoció, a los fines de la seguridad social, los tiempos de servicios prestados en cualquier sector o actividad laboral.

La regulación anterior fue complementada con otras disposiciones dirigidas a remediar injusticias:

- En 1963, fueron incluidos, como beneficiarios de la seguridad social, los jubilados de la base naval de Caimanera.
- La Ley No. 1165 de 1964 organizó y unificó los variados regímenes de seguridad social que protegían a diversas categorías de trabajadores no asalariados, fundamentalmente, profesionales universitarios y extendió el campo de aplicación de la seguridad social a cooperativistas pesqueros y carboneros, que antes carecían de toda protección.
- Se dio amparo a trabajadores inmigrantes de Las Antillas, introducidos en el país por las compañías extranjeras propietarias de los centrales azucareros.
- La Ley No. 1263 de 1974 perfeccionó la protección a la maternidad de la trabajadora y amplió el período de licencia retribuida antes del parto y después de este, entre otras medidas beneficiosas.

Con la promulgación de la Ley No. 24 de 1979 [GOR-O, (27), pp. 345-360], la materia en examen entró en una nueva etapa, en la que se articuló como un sistema, conformado por los regímenes de seguridad social (general y especiales) y la asistencia social.

Posteriormente, vieron la luz otras disposiciones, dirigidas a tutelar situaciones diferenciadas: Se ofreció protección a los miembros de las CPA, mediante el Decreto-Ley No. 65 de 1983, perfeccionado, luego,

por el Decreto-Ley No. 217 de 2001; se aprobaron las pensiones para quienes sufrieran de invalidez total como resultado de la invasión mercenaria por playa Girón, la lucha contra bandidos y la explosión del vapor La Cobre, la lucha internacionalista, o en el Ejército Rebelde o la clandestinidad (decretos-leyes 89, 90 y 91, todos de 1985); se estableció una pensión por antigüedad para determinadas actividades del sector artístico (Decreto No. 132 de 1986); se aprobó el tratamiento de seguridad social para los miembros de las UBPC (Resolución No. 10 de 1998, MTSS) y para los creadores independientes de las artes plásticas y aplicadas (Decreto-Ley No. 259 de 1998).

En 2001, se creó el Instituto Nacional de Seguridad Social (INASS), como estructura especializada del MTSS, para la administración y gestión de esta en el país (Decreto-Ley 220 de 2001) y se perfeccionó la legislación sobre la protección a la maternidad de la trabajadora: se amplió el período de pago de la prestación social al vencimiento de la licencia posnatal (de seis meses a un año). En 2003, el Decreto-Ley No. 234 estableció otros beneficios para contribuir a una adecuada atención al menor de edad. En 2005 y 2008, se produjeron dos incrementos de las pensiones vigentes.

Los cambios en la realidad social conllevaron a la promulgación de la Ley No. 105, de 27 de diciembre de 2008, «De seguridad social» [GOR-E, (4), 2009, pp. 15-25], que derogó a la 24 de 1979 y se complementó con el Decreto No. 283, de 7 de abril de 2009, Reglamento de la anterior [GOR-E, (13), 2009, pp. 59-86]. De especial significación fue el envejecimiento que identifica a la población cubana, en correlación con el crecimiento de la esperanza de vida y la disminución de la natalidad.

Ambas disposiciones redundaron en beneficios para los trabajadores y sus familias. A su amparo:

- a) Las pensiones que se conceden por edad o invalidez total se calculan tomando como base el salario promedio mensual devengado íntegramente, sin ningún tipo de ajuste;
- b) el tiempo de servicio se computa desde el día, mes y año de comienzo de la relación laboral hasta el día, mes y año de terminación de esta;

- c) el cálculo del salario promedio mensual devengado por el trabajador incluye los ingresos obtenidos por todos los contratos de trabajo que haya tenido concertados;
- d) las pensiones pueden simultanearse con el cobro de otra pensión a que se tenga derecho;
- e) no se requiere un tiempo mínimo de servicios prestados para la concesión de la pensión por invalidez total o parcial (solo la vinculación laboral y que la invalidez total se haya adquirido estando el trabajador vinculado laboralmente);
- f) forman parte de su ámbito de protección los sancionados que laboran y reciben una remuneración económica y, en caso de fallecimiento, sus familiares, los hijos huérfanos de ambos padres, quienes pueden recibir o continuar recibiendo la pensión por causa de muerte después de arribar a la mayoría de edad, si se encuentran estudiando en cursos diurnos de la educación superior o la enseñanza técnico-profesional;
- g) se concede una pensión provisional a aquellos trabajadores que no pueden ser reubicados de inmediato, una vez que se les haya dictaminado una invalidez parcial por la comisión de peritaje médico-laboral.

La legislación general fue sucedida por otras disposiciones, ordenadoras de los regímenes especiales de seguridad social, entre los que se cuentan los dedicados a creadores, artistas, técnicos, personal de apoyo del sector artístico, integrantes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y el MININT, cubanos designados como representantes de las representaciones comerciales extranjeras en Cuba, productores agropecuarios y forestales, gente de mar, creadores en la esfera de la comunicación social, titulares y trabajadores contratados por los proyectos de desarrollo local, trabajadores por cuenta propia y socios de las CNA y las mipymes, cooperativistas de las UBPC, entre otros.

El Decreto-Ley No. 36 [GOR-O, (51), 2021, pp. 1509-1510] modificó la Ley de seguridad social, mientras que el Decreto No. 39 [GOR-O, (51), 2021, pp. 1510-1512] hizo lo propio con el Reglamento de esta.

Los cambios han abarcado todos los sectores poblacionales; también, a las madres trabajadoras y sus familias, amparadas ahora por

el Decreto-Ley No. 56 de 2021, «De la maternidad de la trabajadora y la responsabilidad de las familias», modificado por los decretos-leyes 71 de 2023 y 84 de 2024 [GOR-E, (2), 2024, pp. 53-64]. Estas últimas modificaciones se encuentran estrechamente ligadas a la promulgación del CFS.

Los hitos mencionados ilustran que el sistema nacional de seguridad social ha madurado, progresivamente. Su vocación universal queda fuera de toda duda cuando se analiza su continua expansión (MTSS, s.f., s.p.); sin embargo, al día de hoy, diversas situaciones quedan fuera de su manto protector, sobre lo cual se centrará la mirada autoral en las líneas que siguen.

III. LOS NUEVOS DESAFÍOS

En la disposición final Cuadragésima del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2995] se establece el deber del MTSS de dictar, según corresponda, en el ámbito de su competencia, las normas jurídicas sobre la protección a la maternidad y paternidad para las madres y los padres comitentes y la gestante solidaria, y para la protección de los derechos de las personas cuidadoras familiares. No se contempla ninguna modificación al régimen general de seguridad social, aunque la ley que lo regula se encuentra incluida en el cronograma legislativo del país.

El Artículo 12 i) de la LSS [GOR-E, (4), 2009, p. 16] contempla, entre quienes están protegidos por la seguridad social, a los *familiares* del trabajador asalariado, el pensionado u otras personas que se determine por la ley. Esa noción de *familiares* está marcada por las bases axiológicas del Código de familia de 1975 [GOR-O, (6), pp. 71-86], que entendía, como fuente de los vínculos que se establecen en ella, a la consanguinidad y la afinidad, esta última edificada sobre la base del matrimonio o la unión matrimonial no formalizada, reconocida judicialmente.

Es, por tanto, una noción alejada de los cánones declarados en el Artículo 3 del CFS (solidaridad, socioafectividad) [GOR-O, (99), 2022, p. 2895] y excluyente de figuras como la unión de hecho afectiva y la multiparentalidad, lo que, además, conculca la necesaria razonabili-

dad de las decisiones en materia familiar, dispuesta en el Artículo 11 de esa disposición (p. 2898).

En el caso de la pensión por causa de muerte, el Artículo 72 de la LSS [GOR-O, (6), 1975, pp. 20-21] reconoce como familiares con derecho a pensión a la *viuda* (de matrimonio o unión matrimonial no formalizada reconocida judicialmente) que participara en el régimen económico del núcleo familiar del causante o dependiese de este, siempre que el *matrimonio* tuviera no menos de un año de constituido o cualquier tiempo, si existiesen hijos comunes o el fallecimiento se origina por accidente común o de trabajo; al igual que al *viudo*, en idénticas circunstancias, siempre que acumule 65 años de edad o más, o esté incapacitado para el trabajo. Asimismo, se reconoce tal derecho a la *madre* y el *padre* (incluidos los adoptivos), cuando carezcan de medios de subsistencia y dependieran económicamente del fallecido [GOR-E, (4), 2009, pp. 20-21].

Viudo o *viuda*, para el CFS, es el cónyuge sobreviviente (por muerte o declaración judicial de presunción de muerte del otro miembro del matrimonio). La unión de hecho afectiva no supone un estado conyugal. El miembro sobreviviente no es viudo(a) y, por ende, queda fuera del ámbito de protección del citado precepto, literalmente entendido.

A la vista del artículo, en contraste con la legislación familiar, surgen múltiples interrogantes. Algunos de ellos pueden hallar respuestas si se realiza un concienzudo ejercicio de diálogo y armonización entre los principios que informan ambos ordenamientos para, luego, colmar las carencias normativas; otros, en cambio, requerirán, necesariamente, de una transformación en las reglas jurídico-positivas. Se adelanta, desde ahora, que no se dispone de todas las soluciones para las preguntas científicas que se formulan, pues, dada la diversidad de situaciones e instituciones jurídicas sobre las que versan, ello precisa de mayor estudio y argumentación. Por el momento, solo se pretende generar inquietud en torno a cuestiones que precisan de miradas y abordajes renovados. Hecha esta advertencia, cabe inquirirse:

- ¿Qué argumentos permitirían el reconocimiento del derecho a pensión del miembro supérstite de la unión de hecho afectiva?
- ¿Esta tendría que estar instrumentada ante notario o reconocida judicialmente con carácter previo o podría extenderse la jurisdicción de

la autoridad de la seguridad social, y, luego, la del tribunal, al reconocimiento de la unión, al solo efecto de la concesión de la pensión, al menos con carácter provisional, si el solicitante demuestra la concurrencia de los requisitos establecidos en el CFS?

- Si ello fuera posible y, una vez concedida la prestación económica, en el proceso familiar (reconocimiento judicial de la unión de hecho afectiva *mortis causa*) quedase demostrada la no concurrencia de los requisitos exigidos, declarada en sentencia, ¿cómo se procedería a efectos de que se declare la extinción de la pensión?, ¿tendría la administración de la seguridad social que reclamar la restitución de lo pagado indebidamente o este tendría que ser un pronunciamiento imprescindible en aquel proceso?
- ¿Sería exigible el plazo de dos años desde la existencia de la unión, a los efectos de la concesión de la pensión o cabría dejar la valoración de este requisito a la consideración de quien decide, teniendo en cuenta el propósito tutelar de la seguridad social?
- ¿En qué situación quedarían, en cuanto a la concesión de la pensión por muerte, las personas unidas de hecho, si uno de ellos fallece sin que se hubiera instrumentado la unión afectiva ni reconocido judicialmente, por no haber transcurrido los dos años exigidos para concretarlo, y sin posibilidad ya de pedir el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada?
- ¿Cabría dar los efectos que el Artículo 150 del Reglamento de la Ley de seguridad social (RLSS) [GOR-E, (13), 2009, p. 209] atribuye a la unión matrimonial de buena fe, judicialmente reconocida, a la persona unida de hecho, de buena fe (unión putativa)?
- ¿Pudiera realizarse ese reconocimiento en el curso del proceso de seguridad social, al objeto de la concesión de la pensión, al menos con carácter provisional, a fin de favorecer el acceso de la persona necesitada a la prestación?
- ¿La presunción de dependencia económica del viudo o la viuda de matrimonio formalizado (Artículo 152 del RLSS [GOR-E, (13), 2009, p. 209]) pudiera extenderse a la unión de hecho afectiva, instrumentada por la vía notarial o reconocida judicialmente (e inscrita en el registro correspondiente)?

- ¿La formalización de matrimonio o unión de hecho afectiva con posterioridad a la concesión de la pensión integraría una causa de extinción de esta, de la misma manera que acontece con la pérdida del estado conyugal de viudo(a), a tono con el Artículo 80 de la LSS [GOR-E, (4), 2009, p. 21]?

Al pensar en el padre o la madre afín —como aquella persona que pudiera tener derecho al reconocimiento de un parentesco socioafectivo, causa de una multiparentalidad sobrevenida, pero que no ha ejercido la acción conducente a ello—, que pudiera quedar en una situación precaria, tras el fallecimiento del(de la) hijo(a) de su pareja, con el cual convivía, surge la pregunta de si la condición de madre o padre ¿tendría que estar reconocida con anterioridad a la solicitud de la pensión o pudiera serlo por la autoridad de la seguridad social y el tribunal, al solo efecto de la prestación económica, si se acreditan la posesión del estado de hijo(a) antes del deceso, los vínculos socioafectivos, el deseo de otorgar efectos jurídicos a esa situación, frustrado por la muerte, así como la dependencia económica de quien precisa la pensión con respecto al fallecido?

En los supuestos de multiparentalidad —Artículos 57.1 y 58 del CFS (pp. 2905, 2906)—, que pudieran resultar, por ejemplo, de la filiación asistida o la constituida a partir del reconocimiento judicial del parentesco socioafectivo de más de una madre o padre, o la adopción por integración, ¿cuál de los padres o madres tendría derecho a la pensión por la muerte del hijo, si hubiera una dependencia económica plural de este?; si fueran todos ¿en qué proporción?; ¿pudiera extenderse la jurisdicción de la autoridad de la seguridad social, y luego del tribunal, al reconocimiento del parentesco, al solo efecto de la seguridad social, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley familiar, al menos de forma provisional?

El régimen general de seguridad social es omiso en relación con las prestaciones que pudieran derivar de la multiplicidad de figuras que la legislación familiar concibe para la atención a las personas adultas mayores, lo cual es imprescindible ante el grave problema que comporta el incremento del envejecimiento poblacional, cuyos efectos son acrecentados por otros factores, como la disminución de la natalidad y la migración, que reducen —actual y prospectivamente—, la población económicamente activa (PEA).

De acuerdo con la *Encuesta nacional de ocupación*, en 2022, la PEA decreció en un 4,28% con respecto a 2020, al tiempo que aumentó la desocupación; el 60,6% de las personas que integran este grupo tienen 40 años de edad o más, pero, de ese segmento, el 28,8% lo ocupan los comprendidos en el rango etario de 50 a 59, dato significativo, si se toma en cuenta que apenas un bienio antes este comportamiento recaía en quienes tenían entre 45 y 54 años; mientras que la tasa de participación —relación porcentual entre la PEA y la población mayor de 15 años— disminuyó en dos puntos (ONEI, 2023, p. 4).

Como advierte el informe de la pesquisa:

Si al envejecimiento se añade la tendencia al decrecimiento poblacional, se puede inferir que en un período relativamente corto disminuirán de manera absoluta las personas en edad laboral y por lo tanto se dificultará la posibilidad de remplazo de aquellas que salen de la población económicamente activa. Ello constituye una alerta a la necesidad de incrementar la productividad del trabajo, unido a la potenciación de la reincorporación de personas que rebasan la edad laboral al trabajo, como vías para los incrementos de los resultados productivos. (ONEI, 2023, p. 6)

El *Anuario demográfico de Cuba 2022* (ONEI, 2023) ilustra nítidamente la disminución poblacional, con 23 704 personas menos en 2022, con respecto al año precedente, para una tasa media anual de -2,1 y un pronóstico de -5,6 hacia 2035 (p. 14); por otra parte, se produjeron 3693 nacimientos menos y aumentó el saldo migratorio externo (pp. 38, 154).

La alarmante señal que arrojan esas cifras indica la necesidad de prestar especial atención al trabajo de cuidado, ese que, «tradicionalmente, [...] ha estado invisibilizado y desvalorizado desde el punto de vista social y económico»; el mismo que exhibe un escenario crítico a escala global y nacional, y afecta, sobre todo, a las mujeres, «quienes han accedido al ámbito público, especialmente, al empleo, sin disminuir su protagonismo como cuidadoras en el ámbito doméstico» (Díaz, Palmero y Álvarez, 2021, p. 6), con todos los riesgos implícitos.

Entre las instituciones familiares que aún no encuentran un adecuado complemento, en la legislación laboral y de seguridad social, se hallan

el cuidado y el acogimiento familiares, y la guarda de hecho; de tal suerte que cuidadores, acogedores y guardadores de otras personas, sean familiares o no, si fueran trabajadores del sector estatal, solo contaría con la posibilidad de solicitar una licencia no remunerada, sujeta a la voluntad del empleador, mientras que, si laborasen para un empleador privado, tendrían casi asegurado el despido (dado el régimen laboral que rige esas relaciones), y, de ser pensionados, se verían compulsados a asumir esa labor con ingresos que, ya de por sí, son insuficientes.

Esa realidad, en opinión de las autoras, merece un examen acucioso, a partir de una rigurosa evaluación de los factores sociales y económicos con incidencia en ella, desde perspectivas costo-beneficio integrales y enfocadas hacia la máxima realización posible de los derechos. Ello supondría la reconfiguración de las medidas dirigidas a facilitar las labores de cuidados, con un enfoque integral (permisos o licencias, de mayor o menor duración, protección laboral y/o salarial o de seguridad social, adecuación de condiciones de trabajo) y, tal vez, la reevaluación de la forma en que los empleadores privados, las empresas estatales y otros actores económicos, con márgenes crecientes de utilidades, contribuyen a la seguridad social, al amparo del principio de solidaridad.

Se ha sostenido que

el trabajo doméstico y de cuidado no remunerado no es tenido en cuenta en el análisis económico convencional. Tal exclusión lleva a análisis incompletos del ciclo económico y sus resultados, pues presupone una noción de crecimiento basada solamente en la producción de bienes y servicios que crean valor y generan ganancias. Sin embargo, [...] el trabajo doméstico y de cuidado no remunerado que se realiza en los hogares, casi siempre por mujeres, constituye un elemento estabilizador de la economía y un mecanismo de beneficio para el Estado. (Lara, 2019, p. 33)

La transformación de la legislación nacional, de cara a la incorporación de medidas consecuentes con una cultura de cuidados, es una cuestión urgente y prioritaria. Según sugiere la OIT (2022), para acometer tal propósito han de combinarse:

[...] políticas de tiempo (licencias), de seguridad en los ingresos (prestaciones y transferencias), servicios y derechos.

Asimismo, [aquellas] han de tener enfoque de género, partir de una mirada integral y tener carácter universal y solidario. Para asegurar que cumplan su objetivo, las políticas deberían integrar también un enfoque de ciclo vital que permita dar respuesta a las necesidades particulares en cada etapa de la vida y que brinde acompañamiento y apoyo adecuado a las trabajadoras y los trabajadores con corresponsabilidades familiares. (p. 67)

El desempeño de labores de cuidado genera una sobrecarga en la persona trabajadora, nociva para su propia salud, pero igualmente perniciosa para el empleador y la economía de las naciones, en la medida en que se reducen la productividad y el rendimiento laborales, y la estabilidad en el empleo, premisa, en no pocas ocasiones, de la profesionalidad y los resultados asociados a ella. Concebir disposiciones que incorporen medidas dirigidas a armonizar el tiempo en que se ejerce el trabajo, su forma y condiciones, en general, con las responsabilidades familiares, ha de ser, sin dudas, una parte importante de la solución. Ello implica, *prima facie*, asumir que el cuidado también es trabajo socialmente necesario y que su promoción y atención ha de ser una responsabilidad compartida de todos los actores sociales: Estado, empleador, organizaciones civiles. Asumir tal perspectiva supone más beneficios que gravámenes.

La OIT (2023) reconoce que «[...] el horario flexible permite a los trabajadores organizar su actividad laboral en función de sus necesidades personales, dentro de unos parámetros establecidos, con el fin de conciliar de forma óptima el trabajo remunerado y los demás compromisos» (p. 142). Esa es, apenas, una de las variantes en las que pensar, no asociada, necesariamente, como muchas veces se asume, al incumplimiento de tareas y funciones; tal apreciación no revela más que resquemores ligados a ineficiencias de los empleadores en la organización y planificación del trabajo, y su control.

De acuerdo con Golden (2012)—citado en el estudio de la OIT sobre el tiempo de trabajo y la conciliación de la vida laboral y personal en el mundo (2023)—, la organización del tiempo de trabajo debe promover

[...] un equilibrio saludable entre la vida laboral y personal y mejorar los resultados [...]. La ordenación del tiempo de tra-

bajo (es decir, el horario laboral) puede tener efectos muy divergentes, dependiendo del tipo específico de ordenación y de cómo estructurarla. Si se estructura adecuadamente, [...] puede ser ventajosa para los trabajadores y los empleadores, ya que mejora las condiciones laborales y facilita la conciliación del trabajo remunerado con la vida personal, al tiempo que permite a los empleadores adaptar mejor sus recursos humanos a las fluctuaciones de la carga de trabajo. [...] También puede proporcionar otros beneficios que aumentan la sostenibilidad de las empresas, como un menor nivel de absentismo, una mayor tasa de retención de los empleados actuales y la mejora de la contratación de nuevos empleados. Cuando la ordenación se diseña y aplica correctamente, [...] puede mejorar el estado anímico y la actitud de los empleados, así como la eficiencia operativa, lo que a su vez redunda en una mejora de la productividad, la calidad y, en última instancia, los resultados [...]. (p. 148)

No exenta de cuestionamientos está la legislación sobre la maternidad, a pesar de haberse actualizado. El Decreto-Ley No. 56, tal como quedó modificado por los decretos-leyes 71 y 84 [GOR-E, (2), 2024, pp. 53-64], reconoce, además de las licencias pre- y posnatal, y la prestación social por maternidad hasta los 15 meses de vida del menor de edad, el derecho de la madre, el padre o alguno de los abuelos trabajadores a determinadas prestaciones complementarias para el cuidado del infante: 1. La licencia no remunerada por el plazo de hasta seis meses, en el caso de hijos hasta 17 años de edad, siempre que el solicitante haya laborado al menos cuatro meses dentro de los seis anteriores a la solicitud; 2. La licencia no remunerada para la atención a los hijos enfermos o discapacitados comprendidos entre 15 meses de edad y cinco años (de acuerdo con certificado médico o documentos equivalentes que se mencionan en el texto); 3. La prestación monetaria para quien se ocupa de un hijo enfermo de hasta 17 años de edad.

El hecho de que las dos primeras licencias carezcan de compensación económica lleva a cuestionarse hasta qué punto se favorecen, efectivamente, las labores de cuidado hacia la infancia, con base en el principio de interés superior, y cuánto más no le costaría al Estado el tener que dispensar una atención a esas personas, si el fami-

liar optara por mantenerse ejerciendo la actividad laboral. Por otro lado, aunque el supuesto inicial daría cobertura a los casos en que se delegue parcialmente el ejercicio de la responsabilidad parental, abarca un período de duración inferior a la de esta.

Mención aparte amerita la gestación solidaria —uno de los temas más controversiales de la reforma familiar. Sabido es que ella requiere de la autorización judicial, por la vía de la jurisdicción voluntaria, previa a la realización del proceder médico, y que puede ser comitente cualquier persona o pareja impedida de procrear por medios naturales, que cumpla los demás requisitos previstos. ¿Cómo se procederá si, en un proceso que se haya suscitado por inconformidad con la prestación de maternidad, se constata que no se ha obtenido la autorización judicial? Tal supuesto, aunque improbable —tomados en consideración los requisitos que ha colocado el legislador—, es posible. En ese caso, ¿habría que considerar aquel acto, forzosamente, como nulo o sería subsanable, de comprobarse el cumplimiento de todas las demás exigencias legales, a partir de un ejercicio de ponderación? Repárese, en este punto, en que la aplicación de la regla conforme a la cual, a falta de autorización judicial, la filiación deberá determinarse por la procreación natural, pudiera ir en detrimento del interés superior del (de la) niño(a) así nacido(a) y, también, de los donantes de gametos que pudieran haber existido, que se verían forzados a revelar su identidad y asumir una maternidad o paternidad no deseada.

Por otro lado, el CFS [GOR-O, (99), 2022, pp. 2893-2995] no determina en qué momento deberá procederse a la entrega del (de la) hijo(a); tampoco hace mención a la lactancia. Tales cuestiones quedan sujetas, entonces, a la autonomía de la voluntad y se atendrán a los pactos que concierten las partes —instrumentados privadamente ante notario u homologados por la vía de la jurisdicción voluntaria— o, si fuera objeto del asunto que se promueva para lograr la autorización judicial de la gestación solidaria, en el pronunciamiento respectivo del tribunal.

En principio, la gestante solidaria no debiera negarse a entregar la persona recién nacida a la(s) madre(s) y/o el(los) padre(s) comitente(s). Sin embargo, es perfectamente posible que los vínculos fisiológicos y afectivos que el embarazo genera entre ella y esa persona que carga en su vientre,

aun cuando no proceda de uno de sus óvulos, incidan en su voluntad, y que ella, que antes no quería ser madre, después del alumbramiento, sí lo deseé; y si antes estaba dispuesta a hacer dejación de ese hijo(a) gestado(a) para otro(a)(s), ahora desea ser parte de su vida. Ello, claro está, es un supuesto extraordinario, en un caso, *per se*, excepcional, pero lejos de comportar una visión romántica del asunto, refleja el lado más sensible de una institución altamente altruista y, también, riesgosa.

Ante tal situación, ¿se impondría la regla *pacta sunt servanda*, derivada del reconocido aforismo de que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos, o pudiera valer la *rebus sic stantibus* —cambio fundamental de las circunstancias—, para instar a la modificación de lo antes resuelto y el nacimiento de una multiparentalidad?

Todas esas problemáticas que pueden darse, como derivación de la figura jusfamiliar comentada, son susceptibles de trascender a la concesión de las prestaciones por maternidad, si se toma en cuenta que, mientras a la madre biológica se le reconoce la licencia posnatal por un período de 12 semanas posteriores al parto, este se reduce a seis para el caso de la gestante solidaria —artículos 5.2, 6.3, 55.2 del Decreto-Ley No. 56 (modificado) [GOR-E, (2), 2024, pp. 55, 56 y 63]—, unido al hecho de que la prestación social está reservada, en el supuesto que se analiza, para la mujer comitente (o los familiares de esta a cuyo favor se concede el beneficio) —Artículo 57, p. 63. ¿Cómo se procedería entonces, cuando no sea ella quien, finalmente, asuma el rol de madre o lo asuma de forma compartida con otra persona?

La solución asumida por el legislador de la seguridad social para la institución que se analiza presupone que, entre la gestante solidaria y el(la/los/las) comitente(s) no se generará conflicto alguno en torno a la maternidad, y que la voluntad de procreación de este(a/os/as) será respetada, pero bien pudiera acontecer lo contrario. En tales circunstancias, sería posible que el infante estuviese, efectivamente, al cuidado de quien no es, por ley, la persona beneficiaria de la prestación social, con lo cual esta se desnaturalizaría, pues no cumpliría el propósito para el que está concebida.

A priori, pudiese pensarse que no existe relación entre el conflicto de carácter familiar, a ventilar en ese orden jurisdiccional, y el de seguridad social, que deberá discurrir, primero, en la vía administra-

tiva y, luego, en la judicial, ante un orden jurisdiccional distinto: el del trabajo y la seguridad social; sin embargo, este último no podrá solucionarse justamente sin la resolución de aquel y, por otra parte, tampoco podrá el juzgador abstenerse de darle respuesta, bajo el mandato que le impone el principio *non liquet*.

Ello lleva a pensar en la viabilidad de extender la competencia de quien conozca el conflicto de seguridad social al familiar, pero, en este punto, surgen dos reparos: 1. En relación con las partes, que difieren en ambos casos; mientras en uno —el conflicto de seguridad social—, el litigante se enfrenta a la administración pública de la seguridad social, en el otro —el familiar—, entran en contradicción dos personas naturales, con intereses contrapuestos; y 2. En cuanto al carácter de quien resuelve, dado que, en tanto el juzgamiento del asunto de orden familiar es de índole judicial, exclusivamente, en el de seguridad social, hay un procedimiento administrativo previo, de múltiples instancias.

La primera objeción pudiera hallar solución, si se hace parte de la relación jurídica procedural o procesal a la otra parte del conflicto familiar; sin embargo, la segunda es más escabrosa, porque comportaría que un ente administrativo (no legitimado constitucionalmente para la resolución de conflictos fuera de su ámbito competencial) se implicase en la solución de una litis intersubjetiva, lo que hace inconveniente la variante examinada.

Por tales razones, se impone hurgar en una solución de *lege ferenda* que permita que las prestaciones económicas y social por maternidad cumplan su cometido, el de coadyuvar a la atención de la madre y, sobre todo, del infante. En el estado actual de la cuestión, la expectativa más probable que puede tener quien litigue alguna de las prestaciones referidas, sin la concurrencia de las exigencias legales, literalmente consideradas, es la denegación del derecho a percibirla; ello tendría, como correlato, el reconocimiento de ese derecho a quien, quizás, no lo merece ni necesita, y la consecuente desprotección e inseguridad que tal situación acarrearía. Tal vez, pudiera pensarse en pensiones provisionales a favor de quien, efectivamente, tenga a su cuidado al menor de edad, decisión que estaría sujeta al resultado del conflicto familiar para su ratificación o cancelación.

Ninguna de las cuestiones planteadas resulta de fácil respuesta. Ante todo, toca calar en la *ratio legis* e impregnarse de los principios subyacentes, tanto en un ordenamiento como en el otro, dada la necesidad de equilibrar y articular el disfrute de los más sociales de todos los derechos que, por lo mismo, revisten una altísima sensibilidad. También, ha de pensarse en que las soluciones que se concibían resulten satisfactorias, por igual, para la vía administrativa por la que discurre, inicialmente, la concesión de las prestaciones de seguridad social y su impugnación, y para la judicial, que podrá suceder a aquella, cuando no queden satisfechos los intereses y las expectativas de los solicitantes, en especial, tomando en cuenta a los sujetos a quienes toca intervenir en cada momento.

IV. DE VUELTA A LOS PRINCIPIOS

Todo sistema de seguridad social ha de sustentarse en determinados principios. Toyama (2008) —citando a Plá— los presenta como «las pautas generales, las directrices que informan las normas e inspiran soluciones, sirviendo en diversas fases de la vida normativa, en particular, en su proceso de conformación —inspirando sus contenidos—, interpretación y aplicación —integrando lagunas» (p. 598).

Tal definición se centra en las funciones que los principios desempeñan en el ordenamiento jurídico, en especial, su carácter fundante y legitimador de las reglas de derecho, y su utilidad en la interpretación de estas, bien sea para dar sentido a las que se presentan con un significado ambiguo u oscuro, bien para colmar los vacíos normativos.

Como asegura González Monzón (2020):

Los principios son los pilares del mundo jurídico. Sin ellos, el derecho sería como un cuerpo sin osamenta, doblegado ante las circunstancias más esporádicas de la realidad y sometido a la vida laberíntica. En ellos se expresa el *ser* del sistema, sus derroteros y sus características más íntimas. En cierto modo, dan sentido a la ordenación que el derecho supone, pues conjugan en su esencia elementos históricos, técnicos, éticos y sociológicos que, en el tracto de las ideas iusfilosóficas, se asientan en forma de categorías en el entendimiento de los

operadores y los ciudadanos, al punto de elevarse al rango de *verdades fundadas e irrefutables*.

[...] Lejos de cualquier esquematismo, cierto es que los principios sirven de sustento a la ordenación jurídica, a la vez que [son] válvulas de oxigenación que la aclimatan a los escenarios cambiantes; a través de ellos se unifica e integra el derecho; devienen sólidos instrumentos y referentes para la interpretación y son normas de aplicación directa. (p. 131)

Desde el entendimiento de los principios cual mandatos de optimización y en conexión con el tema examinado, Calvo (1998) los presenta como «enunciados de carácter general, planteados como ideales a alcanzar por un modelo de seguridad social», que permiten establecer los diferentes componentes de este, interpretar las normas que lo integran y orientar su aplicación para que no se aparten de sus derroteros fundamentales (s.p.).

Entre los principios que informan la seguridad social, cabe citar los de universalidad, integralidad, solidaridad, eficiencia, equidad, calidad y unidad. A los efectos que se analizan, son especialmente significativos los dos primeros.

La universalidad hace referencia al deber de abarcar a todas las personas requeridas de protección, cualquiera que sea su condición, sin importar si son trabajadores o no, contribuyentes o no. En palabras de Calvo (1998), este es el punto que marca la distinción entre los seguros sociales y los modernos sistemas de seguridad social. En tal sentido, afirma:

El acceso a la protección deja de ser un derecho para unos y una concesión graciosa para otros, y se constituye en un derecho subjetivo público.

El acceso a la seguridad social es un derecho humano, es un derecho inherente al ser humano por el solo hecho de serlo. Además, en tanto está reconocido por el derecho positivo, se califica, desde el punto de vista técnico-jurídico, como un derecho fundamental de rango constitucional. (s.p.)

La integralidad, en cambio, alude al alcance objetivo, es decir, a la capacidad de contemplar todas o casi todas las vicisitudes en que puedan encontrarse las personas y que les impidan satisfacer sus

necesidades básicas. Toyama (2008) lo denomina *universalidad objetiva* (p. 599).

Para Abanto (2009) —en línea con otros reconocidos autores como Barbagelata y Ermida Uriarte—, en este ámbito también resultan de aplicación los principios que sustentan el Derecho del trabajo; en tal sentido, afirma que

[...] aún [sic.] en el supuesto de que se niegue de modo radical la vinculación científica entre el Derecho del trabajo y la Seguridad Social el principio protector podría (y debería) ser aplicado al interpretar las normas que correspondan a la última de las ramas jurídicas citadas, especialmente en caso de duda, pues atendiendo a la naturaleza y esencia misma de la seguridad social se tendría que recurrir a dicho criterio como mecanismo de integración. (pp. 140-141)

Justifica el experto que por esta ruta es posible transitar de la máxima *in dubio pro operario*, endémica del entorno iuslaboralista, al *in dubio pro homine*, característico de la interpretación constitucional, por ser la seguridad social un derecho humano de esencia tuitiva (pp. 148-150).

De igual orientación es Neves Mujica (1999), quien defiende, en especial, la irrenunciabilidad de los derechos, la norma más favorable y la condición más beneficiosa, aplicados, sobre todo con enfoque de derechos humanos (pp. 25-26). Esta perspectiva resulta fácilmente identificable en el ordenamiento nacional, a partir de lo dispuesto en el Artículo 9.4 del Código de procesos (CPR) [GOR-O, (138), 2021, p. 3979], en el que se dispone que, en los asuntos del trabajo y la seguridad social, los tribunales prestarán especial atención a la protección de la persona trabajadora y del beneficiario de la seguridad social.

Asumir la seguridad social como un derecho humano, resguardado, como se ha visto, en la Constitución y en disímiles tratados internacionales ratificados por Cuba, comporta, también, el dotarla de las reglas de progresividad y favorabilidad de la persona que rigen en tal campo. Para Calvo (1998), ello ha de entenderse en dos sentidos:

Significa por un lado que los beneficios de la seguridad social deben crearse paulatinamente y continuar elevando progre-

sivamente los beneficios más allá de los niveles mínimos de protección. Significa al mismo tiempo que una vez superada una fase evolutiva en relación con el contenido de las prestaciones no es dable retroceder a otra etapa. (s.p.)

Cabe, por añadidura, extraer otra conclusión hermenéutica: Las normas que conceden derechos deben ser entendidas de la manera más amplia posible, a fin de propiciar la realización del derecho protegido en ellas; en cambio, las que los limitan, habrán de asumirse lo más restrictivamente que se pueda, en aras de causar la menor de las aflicciones predecibles.

La armonización, entonces, de los principios de la seguridad social, con los del trabajo y los de orden constitucional, antes mencionados, permite fundamentar, sin ambages, modificaciones de *lege ferenda*, a fin de que el ordenamiento de la seguridad social proporcione cobertura a las problemáticas identificadas. Sin embargo, la creación normativa suele transitar a paso más lento que la realidad y, mientras tanto, el juez, que no puede abstenerse de solucionar los asuntos que se le presentan, con excusa en la ausencia u omisión de la norma, bajo el deber que le impone el *non liquet* —positivizado en el Artículo 13.1 k), de la Ley de los tribunales de justicia (LTJ) [GOR-O, (137), 2021, p. 3932], ha de hallar una respuesta. En ese punto, son cruciales los principios ya comentados, que habrán de auxiliarlo para colmar el vacío de ley.

La técnica más idónea para solventar algunas de las situaciones descritas parece ser la analogía, entendida como «el recurso intelectual que busca la definición del Derecho en un caso discutido, comparándolo con un caso semejante indiscutido» (Martínez, 2015, p. 203). La comparación puede valerse de varios argumentos (*a pari*, *a maiore ad minus*, *a minore ad maius*) o principios (*pro homine*, *pro operario*), lo que no niega los demás cometidos de estos en el ordenamiento jurídico.

Como sostiene Martínez (2015):

Tres son las funciones que tiene la analogía: la jurígena, la aclaratoria y la integradora. Tradicionalmente se ha visto a la analogía como un recurso jurígeno que permite llenar los vacíos del ordenamiento legal: sirve de fuente en caso de insuficiencia de ley, costumbre o norma jurídica. También la

analogía se erige como un criterio orientador de la labor de interpretación. Además, cumple una función integradora del sistema jurídico al dotar de sentido a las normas dudosas u oscuras, bajo la luz de las normas más claras. Una correcta aplicación de la analogía propicia el entendimiento armónico de todo el ordenamiento jurídico. (p. 205)

Para Atienza (1985):

No existe un único concepto de analogía, sino varios conceptos que tienen en común la idea de semejanza o similitud. Las dos nociones más significativas son: 1) La analogía como proporción, como semejanza entre relaciones; 2) La analogía como argumento que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante. Existe además otra noción de analogía, 3) como atributo que se predica de ciertos conceptos que no son unívocos ni equívocos (la analogía de atribución de los escolásticos); para referirse a esta tercera noción (la analogía como relación de semejanza no como semejanza de relaciones) hoy se suelen emplear otras expresiones, como «conceptos imprecisos», conceptos borrosos, tipos o «conceptos vagos».

Cuando los juristas hablan de «analogía» en relación con el proceso de interpretación y aplicación del Derecho se refieren a la segunda de las nociones antes distinguidas. Pero el razonamiento por analogía presupone la existencia de una analogía en alguno de los otros dos sentidos mencionados. (p. 223)

De acuerdo con Martínez (2015), para recurrir a la analogía, deberán darse determinados presupuestos:

Primero: que exista un *caso indiscutido*, previsto en una norma, con efectos jurídicos claros, ya sea porque así se dispone o porque se le ha dado una interpretación concordante en la cultura jurídica, la doctrina, la jurisprudencia.

Segundo: que se produzca un *caso discutido*, tanto por falta de regulación, como por oscuridad o ambigüedad en la interpretación.

Tercero: Que exista semejanza entre los dos supuestos; esta relación se considera a partir de los argumentos *a pari*, *a maiore ad minus* y *a minore ad maius*.

Cuarto: Que exista una *ratio decidendi*, es decir, un argumento razonable que justifique el uso de la analogía.

A los anteriores, se adiciona la no concurrencia de impedimento para el empleo de aquella (Martínez, 2015, pp. 205-207). Sobre tal cuestión, el autor advierte:

Por regla general son admisibles las analogías justificadas en la equidad y las hechas sobre las normas permisivas, sobre el Derecho Privado o sobre materia disponible. En cambio, generalmente no se admiten en el Derecho Público, en materias de orden público, en lo que cree cargas o coarte el ejercicio de los Derechos. Esto porque el principio de clausura del Derecho es distinto en uno y otro caso: en uno se permite todo lo no prohibido, en otro se prohíbe todo lo que no está permitido. Los impedimentos, las prohibiciones, las sanciones y los tributos son normas de interpretación restrictiva que requieren una justificación fuerte, y porque no cabe que se extiendan a los casos análogos. (pp. 213-214)

Si bien, en principio, se ha sostenido que no es dable aplicar la analogía a los supuestos contemplados en normas de orden público, como son las de seguridad social, esta es admitida cuando resulta beneficiosa para la persona implicada o preserva el espíritu del legislador (Bravo de Mansilla, 2012, pp. 1060-1069).

En ese ejercicio, los principios constituyen la clave del eje argumental, en la medida en que permiten atribuir la misma consecuencia a un supuesto diferente al concebido en la norma, pero semejante a él en su razón jurídica. En el criterio de Atienza (1985):

La analogía permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento jurídico: la innovación del sistema conservando su estructura; o dicho de otra manera, la reducción de la complejidad del medio social al permitir la adecuación de un sistema constituido por un conjunto de normas fijas, a un medio en constante transformación. (p. 224)

En línea con esa postura, González Monzón (2020) asegura que:

La analogía es una manifestación, una forma de hacer, donde [sic.] los principios son la piedra angular que permite construir una solución lógica y aceptable ante una falencia en la codificación jurídica de las relaciones sociales, en tanto expresiones de la armonía que deontológicamente debe existir en cualquier manifestación del derecho. Por mediación del razonamiento analógico, los principios encuentran un costado de su realización, brindando la posibilidad de salvar un desperfecto legal, ya sea a través de un juicio de semejanza puntual o a través de un razonamiento abstracto, que funde en el caso concreto una perspectiva general de toda la ordenación jurídica. En consonancia, se aprecia en la analogía la realización de una actividad lógico-valorativa dual, es decir, una operación de inducción que generaliza una disposición particular, y una operación de deducción sistematizadora de un principio. (p. 157)

Aplicada esta técnica, por ejemplo, al caso de la pensión por causa de muerte, pudiera seguirse el razonamiento siguiente:

Analogado principal o analogatum principis (supuesto previsto en la norma): Ser viuda o viudo de matrimonio formalizado o reconocido judicialmente, siempre que la unión tuviera no menos de un año de constituida o cualquier tiempo, si existen hijos comunes o el fallecimiento del (o la) causante se hubiera originado en un accidente común o de trabajo; haber tenido participación en el régimen económico del núcleo familiar del causante; y para el viudo, además, contar con 65 años de edad o más o estar incapacitado para trabajar.

Ratio legis: Directa, ofrecer protección al cónyuge supérstite que queda en una situación de necesidad tras la muerte de la pareja; indirectamente, también se preservan el orden constitucional (en el que se reconocen el derecho a la seguridad social y la protección a las familias), el jurídico-familiar (que brindaba amparo, en la ley anterior al matrimonio y la unión matrimonial no formalizada, reconocida judicialmente) y el de la seguridad social (mediante la conservación de su esencia tuitiva y los principios de universalidad e integralidad subyacentes en ella).

Consecuencia: Reconocimiento del derecho a la pensión por causa de muerte.

Analogado secundario: Persona unida de hecho, que participaba en el régimen económico del otro miembro de la unión de hecho afectiva, fallecido, y cumple los demás requisitos previstos en el analogado principal.

Argumentos: Si la nueva legislación familiar suprime la figura de la unión matrimonial no formalizada, reconocida judicialmente, e incorpora la unión de hecho afectiva, como otra manera de formalizar los vínculos afectivos entre las personas, con un régimen jurídico diferente al del matrimonio, es dable esperar que la nueva institución goce de similares beneficios que los concedidos a su predecesora y de los efectos que le estaban asignados, en sintonía con los principios de progresividad y *pro homine* inherentes a la seguridad social, cual derecho humano consagrado en la Constitución, lo que, también, halla asidero en la interdependencia en el disfrute de los derechos, pues carecería de sentido que la unión de hecho afectiva contara con el reconocimiento de la legislación constitucional y familiar, con base en la diversidad familiar, y, luego, no pudiera disfrutarse de todas las prerrogativas que debieran derivar de esa condición, incluida la seguridad social, en atención al carácter irrenunciable de esta, que la sitúa fuera del margen de la autonomía de la voluntad y, consecuentemente, de los pactos de convivencia o del proyecto de vida común.

Ello, además, se condice con la *ratio legis* del precepto principal considerado, que busca ofrecer protección a uno de los integrantes de un vínculo afectivo: el matrimonio, frente a la necesidad económica en que se encuentra tras el deceso del otro, situación, sin dudas, similar a aquella en que pudiera quedar uno de los miembros de la unión de hecho. Tal interpretación es afín a los principios de universalidad e integralidad, dado que la seguridad social está llamada a tutelar a quien lo precise, ante la diversidad de contingencias de la vida y, siendo la muerte uno de los riesgos protegidos, la prestación económica nacida en esta causa ha de favorecer, por igual, a viudos y viudas, o a miembros sobrevivientes de la unión de hecho afectiva, sin que, a efectos de la concesión de la pensión, sean relevantes las diferencias

entre el régimen jurídico del matrimonio y el de esta, por tratarse de un derecho de orden público, indisponible e irrenunciable.

Visto el asunto desde la relación costo-beneficio, la lesión que supondría para la credibilidad del orden constitucional y del sistema de justicia el no abrigar a las personas unidas de hecho, en cuanto a la pensión por causa de muerte, supera con creces a la erogación patrimonial que el Estado tendría que realizar en estos casos. De ahí que deba imponerse la consecuencia prevista por el Derecho para la hipótesis principal, que sería el reconocimiento del derecho señalado. Esta equiparación permitiría dotar a la unión de hecho afectiva, a su vez, de las demás consecuencias que la seguridad social reserva para el matrimonio, de tal suerte que se ofrezca realización al principio de igualdad efectiva y al derecho a la justicia, plasmados en la Ley fundamental.

El algoritmo antes propuesto responde, obviamente, a una formulación muy básica, a la cual habría que incorporar los elementos contextuales de cada caso particular, pero, aun así, se presenta como una alternativa viable para la particular situación examinada —reveladora de una omisión legislativa en el campo de la seguridad social—, necesaria para dar cumplimiento al mandato contenido en los artículos 13 e), 46 y 81 de la Constitución [GOR-E, (5), 2019, pp. 73, 80 y 84], en relación con el reconocimiento a la unión de hecho afectiva como fuente de los vínculos familiares y manifestación de la igualdad real entre las personas y del derecho de todos a la libertad, la justicia, la seguridad y el desarrollo, afín también a una noción de interdependencia de los derechos.

La solución propuesta ha tenido cauce en otras realidades. Son emblemáticos, en tal sentido, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de Colombia. A guisa de ejemplo, la Sentencia C-075 de 2007 reconoció plenos efectos a una unión de hecho afectiva homosexual —no prevista en la Constitución de ese país—, con vistas a la concesión de una prestación económica de seguridad social por desempleo.

Tras interpretar la carta política colombiana, desde una perspectiva consecuente con el respeto a la dignidad humana, la equidad y el disfrute de los derechos, se concluyó que la falta de efectos jurídicos para las relaciones del mismo sexo, de la forma en que el

asunto estaba regulado, era inconsecuente con el desarrollo social y jurídico del país, y con los compromisos internacionales contraídos, incluidos en el bloque de constitucionalidad. La exclusión a estas personas, concluye la Corte:

lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico-patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil [que se impondría en lugar de la protección mínima que aseguraría el llamado *Derecho social*], quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. (2017, s.p.)

Razonó, también, el alto foro que

la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones matrimoniales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflictos que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la coabitación. (2017, s.p.)

Se partió, esencialmente, de la inexistencia de razones justificadas para dispensar a aquellas personas un trato diferente del que se brindaba a otras clases de uniones, a pesar de que no estuvieran expresamente incluidas en la letra de la Constitución y la ley. Se sostuvo, así,

que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado. (2017, s.p.)

Posteriormente, otra sentencia del propio tribunal, la C-521 de 2007, sustentó la inexigibilidad del tiempo mínimo de convivencia —dos años en la legislación de ese país, tal como en el caso cubano—, como factor habilitante para el ingreso al sistema de seguridad social en salud, por considerar que ello imponía una limitación no objetiva ni razonable en el disfrute de los beneficios del régimen de protección, tomados en cuenta los diferentes fundamentos de las normas de un orden y el otro (2017, s.p.).

V. CONCLUSIONES

En síntesis, la vigente legislación de seguridad social no alcanza a tutelar la amplia gama de situaciones previstas en el Código de las familias; en particular, se encuentran hoy fuera de su manto protector la unión de hecho afectiva y las labores de cuidado familiar, con los nocivos efectos que ello puede acarrear en el disfrute efectivo de los derechos.

Al margen de la solución normativa que habrá de llegar, en su día, existen herramientas para dar solución a algunas de las problemáticas identificadas. Fundamentarlas desde una visión holística del fenómeno jurídico y tomando en cuenta los principios constitucionales, laborales y sociales que operan en este ámbito, permitirá satisfacer la demanda de justicia y cumplir con el mandato constitucional de proveer un debido proceso —administrativo y judicial—, y una tutela judicial efectiva.

VI. REFERENCIAS

Abanto Revilla, C. (2009). El principio protector y su aplicación en el Derecho de la seguridad social a través del *in dubio pro homine*. En *Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano* (2.^a ed.), 137-156. Grijley-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Anuario demográfico de Cuba 2022. (2023). ONEI.

Atienza Rodríguez, M. (1985). Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (2), 223-229. <https://doi.org/10.14198/DOXA1985.2.15>

- Bravo de Mansilla, G. C. (2012). Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines. *ADC* (t. LXV, fasc. III).
- Calvo León, J. I. (Enero, 1998). Principios de la seguridad social. *Revista de Seguridad Social*, (8), s.p. <https://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica8/art3.pdf>
- Compendio de derechos humanos: Tratados internacionales de los que Perú es parte.* (2012). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Decreto-Ley No. 36, «Modificativo de la ley 105, Ley de seguridad social, de 27 de diciembre de 2008». (Mayo 7, 2021). *GOR-O*, (51), 1509-1510.
- Decreto-Ley No. 56 de 2021, «De la maternidad de la trabajadora y la responsabilidad de las familias» (modificado por los decretos-leyes 71 de 2023 y 84 de 2024). (Junio 26, 2024). *GOR-E*, (2), 53-64.
- Decreto No. 283, «Reglamento de la Ley de seguridad social». (Abril 24, 2009). *GOR-E*, (13), 59-86.
- Decreto No. 39, «Modificativo del Decreto 283, Reglamento de la Ley de seguridad social, de 6 de abril de 2009». (Mayo 7, 2021). *GOR-O*, (51), 1510-1512.
- Díaz Medina, Y., Palmero García, Y. y Álvarez Suárez, M. (2021). *Género y cuidados no remunerados en el contexto cubano. Miradas desde la investigación*. Centro de Estudios de la Mujer.
- Encuesta nacional de ocupación 2022.* (2023). ONEI.
- González Monzón, A. (2020). *El juez y el derecho. El derecho por principios y la ponderación judicial*. Leyer.
- Lara Junco, T. (2019). Brechas asociadas al trabajo de cuidados y sus desafíos para el modelo social cubano. Análisis crítico a partir de evidencias cuantitativas. En Alfonso González, G., Lara Junco, T., Romero Almodóvar, M., Echevarría León, D. y Proveyer Cervantes, C. *Los cuidados en la ruta hacia*

la equidad en Cuba, 30-75. Filosofí@.cu. <http://biblioteca.clacso.org/licenses/by-nc-nd/2.0/deed.es>

Ley No. 1289, «Código de familia». (Febrero 15, 1975). *GOR-O*, (6), 71-86.

Ley No. 24, «De seguridad social». (Agosto 29, 1979). *GOR-O*, (27), 345-360.

Ley No. 105, «De seguridad social». (Enero 22, 2009). *GOR-E*, (4), 15-25.

Ley No. 140, «De los tribunales de justicia». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (137), 3929-3975.

Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (138), 3977-4069.

Ley No. 156, «Código de las familias». (Septiembre 27, 2022). *GOR-O*, (99), 2893-2995.

Martínez Villalba, R. (2015). Alcance y límites de la interpretación analógica. *Prudentia Iuris*, (79), 197-216. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revista/alcance-lmites-interpretacion-analogica.pdf>

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (s.f.). Evolución de la seguridad social. www.mtss.gob.cu

Neves Mujica, J. (Abril, 1999). Aplicación de los principios del derecho del trabajo a la previsión social. *Asesoría Laboral*, 25-26.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*. Organización de Naciones Unidas.

Organización Internacional del Trabajo. (2001). Hechos concretos sobre la seguridad social. www.ilo.org

Organización Internacional del Trabajo. (2015). ILSE: Biblioteca electrónica sobre las normas internacionales del trabajo. www.ilo.org

Organización Internacional del Trabajo. (2022). Los cuidados en el trabajo: Invertir en licencias y servicios de cuidados para una

mayor igualdad en el mundo del trabajo [informe regional para América Latina y el Caribe]. www.ilo.org

Organización Internacional del Trabajo. (2023). Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y personal en el mundo. www.ilo.org

Sentencia C-075 de 2007, Corte Constitucional de Colombia.
https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_392.pdf

Sentencia C-521 de 2007, Corte Constitucional de Colombia.
https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_392.pdf

Toyama Mayagusuku, J. (2008). Principios de la seguridad social. En *Trabajo y seguridad social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdés*, 593-618. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Grijley. www.spdtss.org.pe

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: ¿PRINCIPIOS IRRECONCILIABLES?

CHILD BEST INTEREST AND PRESUMPTION OF INNOCENCE: IRRECONCILIABLE PRINCIPLES?

■ M.Sc. YANELIS PONCE TÉLLEZ

Magistrada, Tribunal Supremo Popular, Cuba

<https://orcid.org/0009-0004-4238-8979>

yanelis@tsp.gob.cu

■ DANIEL ALEJANDRO CORRALES PONCE

Estudiante, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0009-0001-1405-0960>

danielcp03@icloud.com

Resumen

El presente trabajo, tras una mirada a aspectos teóricos y de regulación legal, asociados al debido proceso y los principios de presunción de inocencia e interés superior del niño, ofrece un acercamiento a la figura delictiva de corrupción de personas menores de edad, como elemento esencial para la protección al desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes. Aborda la mentada figura delictiva, esbozando su actual regulación jurídico-penal, desde las bases que sientan la Constitución de la República y la Convención internacional sobre los derechos del niño. Asimismo, ilustra los rasgos predominantes de este delito en los procesos judiciales estudiados, la necesidad de la coexistencia armónica de ambos axiomas y las limitaciones que pueden ponerlos en riesgo, a la vez que fundamenta la importancia de una actividad probatoria de calidad para conseguir el equilibrio perseguido y cómo puede lograrse.

Palabras clave: Personas menores de edad; corrupción; inocencia, interés superior del niño.

Abstract

The present work, after a look at theoretical aspects and legal regulation, associated with due process and the principles of presumption of innocence and best interests of the child, offers an approach to the criminal figure of corruption of minors, as an essential element for the protection of the comprehensive development of girls, boys and adolescents. The aforementioned criminal figure is addressed, outlining its current criminal legal regulation, from the bases established by the Constitution of the Republic and the International Convention on the Rights of the Child. Likewise, it illustrates the predominant features of this crime in the judicial processes studied, the need for the harmonious coexistence of both axioms and the limitations that can put it at risk, at the same time it substantiates the importance of a quality evidentiary activity to achieve the desired balance and how it can be achieved.

Keywords: Minors; corruption; innocence, best interest of the child.

Sumario

I. Introducción; II. Conceptos imprescindibles; 2.1. Debido proceso; 2.2. Principio de presunción de inocencia; 2.3. Principio de interés superior del niño; 2.4. Corrupción de personas menores de edad; III. Rasgos predominantes del delito; IV. La actividad probatoria como eje de equilibrio de los principios; 4.1. Limitaciones normativas; 4.2. Limitaciones prácticas; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La protección de niños, niñas y adolescentes (NNA) es un tema de vital importancia en cualquier sociedad y, especialmente, en Cuba. La presunción de inocencia (PI) y el interés superior del niño (ISN) son dos conceptos que, a menudo, entran en conflicto en el ámbito de la actividad probatoria del delito de corrupción de personas menores de edad (CPME). El primero de estos principios constituye un pilar fundamental del Estado de Derecho y se basa en la idea de que toda persona acusada de un delito es inocente hasta que

se demuestre lo contrario; tiene como objetivo garantizar la protección de los derechos fundamentales de los acusados, para evitar que sean condenados sin una prueba sólida y contundente de su culpabilidad. Mientras, el ISN es un concepto que se ha incorporado en el Derecho internacional y persigue la protección integral de los derechos de NNA, a fin de priorizar su bienestar y desarrollo en todas las decisiones que los afecten.

En el delito de CPME, ambos principios pueden entrar en conflicto, ya que la necesidad de proteger a las víctimas y procurar su bienestar puede llevar a la adopción de medidas que vulneren los derechos fundamentales de los acusados y viceversa. En este artículo, se analizará la tensión entre la PI y el ISN en la actividad probatoria de los delitos de CPME en el país, con el objetivo de ofrecer una perspectiva crítica y constructiva sobre cómo equilibrarlos en la práctica, pues resulta imprescindible respetar, al unísono, los derechos de los infantes y los inherentes a los acusados. Por la sensibilidad que implica esta tipicidad delictiva y su incidencia, es fundamental encontrar soluciones que permitan conciliar estas dos máximas y garantizar una justicia efectiva y equitativa.

Tras una breve panorámica teórica y legal de los principios abordados, se examinará el comportamiento del delito de CPME en los territorios de La Habana, Mayabeque, Camagüey e Isla de la Juventud, con el propósito de ofrecer recomendaciones concretas para mejorar la protección de los derechos de todos los involucrados en estos casos durante la actividad probatoria. Para ello, se apela al uso de los métodos lógico-deductivo, mixto de investigación y estudio de casos, mediante la investigación documental y la observación.

II. CONCEPTOS IMPRESCINDIBLES

2.1. DEBIDO PROCESO

La justicia penal, cada vez con mayor intensidad, se proyecta por asegurar el cumplimiento de las reglas fundamentales del Derecho; a ese fin, se ha enfrascado en el perfeccionamiento de los modos de hacer, como garantía de un juicio justo, basado en la actividad probatoria, que procura la equidad, la justicia en el procedimiento legal y la

protección de los derechos individuales, con lo cual, también, persigue contrarrestar la arbitrariedad, la injusticia y la irracionalidad.

En virtud de ello, es imprescindible la concordia en el proceso judicial penal de los postulados y garantías que lo integran; de ahí la importancia atribuida por catedráticos y profesionales del Derecho al estudio de lo que se ha denominado el *debido proceso*, que tuvo su origen en la Carta Magna de 1215 —documento histórico promulgado en Inglaterra por el rey Juan I, en el que se establecieron los principios fundamentales del *due process* del derecho anglosajón, como garantía de los nobles frente al absolutismo monárquico—, y evolucionó a lo largo del tiempo con las definiciones emitidas por varios autores. Es un concepto que puede resultar impreciso y abstracto, pues, como expone Llobet —citado por Goite y Mendoza (2020)—,

con frecuencia es utilizado de manera indistinta con el de presunción de inocencia, cuando se refiere a los derechos del imputado, llegándose a abarcar los diversos derechos que el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho constitucional han ido considerando como necesarios para el juzgamiento de los delitos. Se trata en definitiva de un principio que está relacionado también con el del Estado de Derecho, en cuanto se garantiza la seguridad jurídica de los habitantes del Estado, de modo que no pueden ser condenados si no es conforme a una serie de normas que garanticen en definitiva el respeto a su dignidad humana, especialmente la presunción de inocencia y el derecho de defensa, lo mismo que la imparcialidad del juez. (pp. 318-319)

Existen otras definiciones, entre las que se encuentran las emitidas por Madrid-Malo (1997, p. 146), Valle (2002, p. 12), Hoyos (1996, p. 54), Pérez (2012, p. 2), Agudelo Ramírez (2005, pp. 89-105) y Alle Ramos (2016, p. 46), de las que es posible extraer algunos rasgos distintivos que permiten complementar la idea de lo que es el debido proceso y su designio. Todas ellas coinciden en que se trata del cumplimiento estricto de lo legalmente establecido, para resguardar el respeto a las garantías y los derechos de las partes, mediante el buen hacer en el proceso penal. A decir de Valle (2002), se trata de la «recta y cumplida administración de justicia, la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y fundamentación de las resoluciones judiciales con-

forme a derecho» (p. 12). Es un proceso en el que se asegura a las partes la oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, aportar pruebas lícitas, relacionadas con el objeto del proceso, y contradecir las aportadas por la contraparte, hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra las resoluciones judiciales motivadas y apegadas a la ley, de tal manera que las personas puedan defenderse efectivamente (Hoyos, 1996, p. 54). Mientras, posibilita que los procedimientos sean equitativos y estén dirigidos a la protección de los derechos en un plazo razonable y que, a la vez, sean instrumentos diáfanos para la obtención de una decisión justa (Aguadelo Ramírez, 2005, pp. 89-105).

En Cuba, la Constitución de la República (CRC) [GOR-E, (5), 2019, pp. 69-116], en su Artículo 94, dispone que toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo (pp. 86-87). Ello conlleva a la necesaria armonía que debe existir en el proceso judicial, entre todos los derechos y las garantías reconocidos a las personas, sin que sea permitida la exclusión o la preponderancia de alguno de ellos por su propia esencia.

En la Ley del proceso penal (LPPR) [GOR-O, (140), 2021, pp. 4095-4251] se brinda un especial respaldo al debido proceso, a pesar de no mencionarlo expresamente, pues se establece que nadie puede ser juzgado si no es por tribunal independiente, imparcial y establecido legalmente, en virtud de leyes anteriores al delito, con inmediación, celeridad y concentración, en procedimiento contradictorio oral y público, con estricta observancia de las garantías previstas para las personas y las facultades y derechos del imputado, acusado y pretenso asegurado, la víctima o el perjudicado y el tercero civilmente responsable —Artículo 3, p. 4096.

2.2. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La PI es un principio fundamental de la justicia penal e implica que no puede imponerse una sanción penal u otra equivalente a una persona en la medida en que su culpabilidad no haya sido acreditada de la forma prevista por la ley, como tampoco, nadie debe tener que demostrar su inocencia, por lo cual la duda siempre debe interpretarse en

beneficio del acusado (XII Congreso Internacional de Derecho penal, 2015, p. 537).

Por consiguiente, tal principio presenta una estrecha relación con el *in dubio pro reo*; al respecto, dice Roxin (1985) —citado por Bacigalupo (1988), p. 365— que «el contenido material de la presunción de inocencia es —si se prescinde del núcleo que corresponde al principio <*in dubio pro reo*>— hasta ahora poco claro», opinión que, en el parecer del propio autor, es ratificada por otros estudiosos, entre ellos Bauman, Frowein-Peikert y Frisch, quienes reiteran que el principio de *in dubio pro reo* corresponde al contenido de la PI (p. 365).

La Declaración universal de los derechos humanos (ONU, 1948, s.p.) regula la PI en su Artículo 11.1 y acota que todo acusado ha de contar con las garantías necesarias para su defensa.

En Cuba, en consecuencia, se atribuyó rango constitucional al principio —Artículo 95 c) [GOR-O, (5), 2019, p. 87]. En cumplimiento de lo anterior, la LPRP [GOR-O, (140), 2021, pp. 4095-4251] regula que se presume inocente a toda persona mientras no exista sentencia condenatoria firme; en caso de duda sobre las cuestiones de hecho, se está a lo más favorable para aquella, lo que se refuerza con la disposición del Artículo 6, en el que se dispone que a la parte acusadora le corresponde aportar los medios de prueba necesarios para la comprobación de los hechos, con independencia del testimonio del imputado o acusado, su cónyuge, pareja de hecho y sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

2.3. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El ISN es un principio rector que se sustenta en el bienestar y el pleno ejercicio de los derechos de NNA; se encuentra consagrado en el Artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño (CDN) (Oficina del Alto Comisionado..., 2014, pp. 119-146) y establece que, en todas las decisiones y acciones que afecten a NNA, se debe priorizar el interés superior de estos(as), para lo cual el Estado debe asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y las madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.

El ordenamiento legal cubano consagra este principio en el Artículo 86 de la CRC [GOR-E, (5), 2019, p. 85] cuando prevé que «el Estado, la

sociedad y las familias brindan especial protección a las niñas, niños y adolescentes [sic.] y garantizan su desarrollo armónico e integral para lo cual tienen en cuenta su interés superior en las decisiones y actos que les conciernan [...].».

Por su parte, la LPRP [GOR-O, (140), 2021, pp. 4095-4251], en su primera norma legal, acoge los derechos, las garantías y los deberes consagrados en la Carta Magna; sin embargo, se muestra inerte respecto al reconocimiento expreso del mencionado principio-derecho y a las bases para su observación y cumplimiento, tal cual acontece en el Código penal vigente (CPE) [GOR-O, (93), 2022, pp. 2557-2696].

La ley procesal se limita a efectuar precisiones en relación con el modo de proceder en el momento de tomar declaración a los testigos que sean personas menores de 16 años de edad, cuando dispone que ello debe hacerse por la vía de exploración. Tal previsión se hace extensiva a las víctimas, por mandato del Artículo 520 [GOR-O, (140), 2021, p. 4188]. En consecuencia, se reduce la reglamentación a un tratamiento procesal diferenciado, circunscrito a la manera de obtener el testimonio y la preparación de esta acción; al efecto, se establece que a aquellas no se les hace la advertencia sobre la obligación de decir la verdad y se les examina por la vía enunciada, en presencia, solamente, de su representante legal o del fiscal, cuando careciera de aquel o tuviera intereses contrapuestos con él. En aras de la efectividad de la justicia, tal proceder ha de realizarse sin victimizar a quienes son sometidos a él ni afectar su salud mental. Se debe garantizar que se cuente con toda la información y preparación previa para agotar la exploración en un solo acto, que esta se realice en locales con las condiciones de privacidad adecuadas, con la utilización de un lenguaje asequible a la edad y los conocimientos de quien sea explorado; y que, siempre que sea posible, se filme la exploración.

Se establece, además, que la autoridad actuante comunicará la fecha de realización de esta diligencia al imputado y a su defensor, para que, de considerarlo, aporten los aspectos que interesan esclarecer, en cuyo supuesto la Policía, el instructor penal o el fiscal puede auxiliarse de los especialistas que resulten necesarios en la preparación de la exploración. La presencia de estos solo es obligatoria cuando el(la) NNA tenga menos de 12 años, lo que debería exigirse en la totalidad de las exploraciones que se realicen, con independencia de la

edad de la víctima, para que aquellos, con sus experiencia y pericia, contribuyan a procurar la mejor manera de obtener un testimonio fluido y espontáneo, con la garantía de que no se afecte el estado mental de los infantes, pues estos continúan siendo personas vulnerables, aunque puedan aparentar un grado de madurez superior.

El enfoque procesal que se brinda al ISN, en consecuencia, presenta vaguedad y linda con la desregulación, al no ofrecer siquiera las bases fundamentales para su implementación y coexistencia con los restantes principios del Derecho penal.

2.4. CORRUPCIÓN DE PERSONAS MENORES DE EDAD

La formación de adultos de bien que garanticen la construcción de un mundo mejor es prioritaria para la comunidad internacional; de ahí la preocupación y acción en función de promover el desarrollo integral de NNA, en ambientes sanos, tanto en el ámbito social como familiar, que nutra a infantes y adolescentes de valores morales que los conduzca a sostener conductas de respeto, alejadas de la violencia. Por consiguiente, el reconocimiento y cumplimiento de sus derechos constituyen las bases que sustentan la prolífica regulación legal que conduce a su protección.

La CDN (OACNU, 2014, pp. 119-146) es uno de los cuerpos legales más relevantes en ese sentido. Dicho instrumento reconoce que NNA, para su desarrollo pleno y armonioso, deben crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; establece, además, la definición de *niño* como todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

El Artículo 3 (p. 122) ordena que, en todas las medidas concernientes a NNA que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se considere, primordialmente, el ISN; asimismo, regula el compromiso de los Estados firmantes de asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, a cuyo fin adoptarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Lo antes enunciado se confirma en el Artículo 32 (p. 135), que estipula el derecho de NNA a su protección contra la explotación

económica y el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, todo lo que se potencia en el Artículo 34 (p. 136), en el que se regula el compromiso de los Estados de amparar a los infantes contra todas las formas de explotación y abusos sexuales, a cuyo efecto establece la necesidad de adoptar las medidas necesarias, tanto de carácter nacional como bilateral y multilateral, que impidan la incitación o coacción para que un niño se dedique a una actividad sexual ilegal, la prostitución u otras prácticas similares y su utilización en espectáculos o materiales pornográficos.

En coherencia con la regulación internacional antes enunciada, la CRC [GOR-E, (5), 2019] regula el tratamiento y la protección de NNA. A ese efecto, dedica parte de su articulado a contextualizar aquellas disposiciones de las que Cuba es signataria en el plano foráneo. El Artículo 66 (p. 82) prohíbe el trabajo de las personas menores de edad, salvo cuando estén presentes las circunstancias excepcionales legalmente establecidas, en cuyo caso, dispone la protección que brinda el Estado a quienes son autorizados a vincularse laboralmente, con el fin de garantizar su adiestramiento y desarrollo integral; el 68 (p. 82) prevé la protección estatal a quienes tienen la función del cuidado y atención al menor, en caso de ser necesario, mediante el Sistema de seguridad social, mientras que el 84 (pp. 84-85) establece la responsabilidad de las madres y los padres en la educación y formación integral de las nuevas generaciones en los valores morales, éticos y cívicos, en correspondencia con la vida en la sociedad socialista; los deberes esenciales para los que tienen la guarda y cuidado, con énfasis en el que se relaciona con protegerlos de todos los tipos de violencia y contribuir activamente al desarrollo pleno de su personalidad.

De vital importancia resulta el Artículo 86 del supremo cuerpo legal:

El Estado, la sociedad y las familias brindan especial protección a las niñas, niños y adolescentes [sic.] y garantizan su desarrollo armónico e integral para lo cual tienen en cuenta su interés superior en las decisiones y actos que les conciernan. Las niñas, niños y adolescentes [sic.] son considerados plenos sujetos de derechos y gozan de aquellos reconocidos en esta Constitución, además de los propios de su especial condición

de persona en desarrollo. Son protegidos contra todo tipo de violencia. (p. 85)

La formulación del delito de CPME en el CPE [GOR-O, (93), 2022, pp. 2557-2696] se muestra en armonía con los preceptos constitucionales y las convenciones internacionales, al brindar protección a NNA frente a su utilización en la prostitución, la práctica de actos de corrupción u otras conductas delictivas previstas en el propio cuerpo legal. Su regulación evidencia que pretende proteger de manera integral a las personas menores de edad, desde un enfoque multilateral y/o multifactorial de sus derechos.

Esta tipicidad delictiva se distingue entre las restantes concebidas en el CPE por su especial sensibilidad, debido a la elevada relevancia que tiene el resguardo de las personas menores de edad para la sociedad cubana. En correspondencia con lo antes expuesto, las penas que se prevén para quienes incurren en este comportamiento llevan implícito un marcado rigor: comportan la privación de libertad desde los dos años hasta la perpetuidad, siempre en coherencia con la lesividad del hecho que se cometa y los rasgos conductuales del infractor. Para los casos de menor relevancia, se prevén sanciones pecuniarias de 500 cuotas a mil, las que pueden combinarse con la anteriormente mencionada.

La joven ley penal sustantiva [GOR-O, (93), 2022] reforzó la posibilidad de protección a las víctimas mediante la introducción de novedosas sanciones aplicables a las personas naturales, cuya naturaleza las torna particularmente útiles para el enfrentamiento al delito de CPME y el resguardo de sus afectados. Cabe señalar, de manera específica, las accesorias previstas en el Artículo 30.5 (p. 2567), consistentes en la privación o suspensión de la responsabilidad parental, la remoción de la tutela, la revocación del apoyo intenso para personas con discapacidad, la prohibición de frecuentar lugares determinados y/o de acercamiento a la víctima, el perjudicado, sus familiares o personas allegadas afectivamente.

La implementación de estas nuevas sanciones, junto con las principales, como resultado del proceso de ajuste que realizan los jueces para determinar la respuesta penal más adecuada en función de los hechos, los autores y las víctimas, puede lograr una mayor eficacia en el enfren-

tamiento a la CPME y fortalecer la protección de NNA que se vean implicados(as) en estas acciones.

III. RASGOS PREDOMINANTES DEL DELITO

Para el estudio del comportamiento del delito CPME, se tomó como referencia el período comprendido entre enero y octubre de 2023, en los tribunales de La Habana, Mayabeque, Camagüey e Isla de la Juventud, que representan el 38% de la radicación del país en esta tipicidad delictiva. Se trabajó con una muestra de 42 procesos —equivalentes al 41% de los asuntos resueltos en los órganos judiciales correspondientes—, en los que figuraron 51 acusados y 62 víctimas.

Se pudo constatar que el abanico de edades de los victimarios es muy amplio, pues oscila entre los 21 y 75 años, solo nueve de ellos están por debajo de los 30 años, mientras que 23 (45%) rebasan los 50; la edad promedio de los comisores es de 44 años. Predominan los acusados del sexo masculino (92% del total) y los que tienen el carácter de primarios en la comisión de hechos delictivos (72%). La medida cautelar de prisión provisional es la más aplicada para el aseguramiento de estos encartados, al ser impuesta al 61%.

Las víctimas —con un rango etario que oscila desde los dos años de edad hasta los 15— son, mayoritariamente, menores de 12 (84%).

En el 64% de los asuntos, los victimarios tienen vínculos de familiaridad o amistad con las víctimas, con una mayor relevancia de los que se encuentran en la familia, fundamentalmente, entre el primer y segundo grados de consanguinidad o afectividad, los que alcanzan el 38%.

Mayoritariamente, se observa demora en la detección y denuncia de los hechos, pues solo en cuatro asuntos se dio cuenta a las autoridades dentro del primer el día que acontecieron aquellos, y, en apenas el 28%, se hizo en los primeros 20. Es significativo que, en el 38% de los casos, transcurrió más de un año entre el inicio de las acciones delictivas y la denuncia, período que llegó, en ocasiones, a sobrepassar los seis años hasta su descubrimiento. Durante ese período, los infantes fueron sometidos, reiteradamente, a abusos y agresiones sexuales.

Todos los actos corruptores evaluados se relacionan con conductas de índole sexual, que discurren entre proposiciones deshonestas, muestra de medios contentivos de pornografía, tocamientos libidinosos, hasta agresiones reiteradas y, a veces, con más de una persona menor de edad implicada. Solo en uno de los procesos revisados, se incurrió en actos asociados al juego ilícito, además de aquellas.

Asimismo, constituye un rasgo distintivo de los hechos evaluados que su realización aconteció, únicamente, entre el corruptor y su víctima, y pasa inadvertido para el resto de las personas, con excepción de seis asuntos, en los cuales participó más de un acusado, y cuatro, en los que fueron abusados varios menores de edad en el mismo acto.

IV. LA ACTIVIDAD PROBATORIA COMO EJE DE EQUILIBRIO DE LOS PRINCIPIOS

Por mandato constitucional, el escenario en el que se suscita el procesamiento y juzgamiento de las personas transgresoras de la ley penal debe estar regido por el debido proceso, como garantía de la seguridad jurídica y sinónimo de una inmaculada y correcta administración de justicia, en la que confluyan sus principios rectores, todo ello transversalizado por la equidad, la justicia y el buen hacer, en desmedro de la arbitrariedad, la injusticia y la irracionalidad.

Los hechos que se enmarcan en el delito de CPME no escapan de este requerimiento procesal; sin embargo, la mentada tipicidad delictiva tiene peculiaridades que pueden tornarla compleja. Consecuentemente, es determinante la inteligencia, perspicacia y pericia de los operadores del Derecho y especialistas que intervengan a lo largo de la tramitación y resolución del proceso.

Como se enunció previamente, se trata de un delito tendente a ocurrir en condiciones de soledad, es decir, con la participación exclusiva del victimario y su víctima, sin testigos presenciales, y en el que, generalmente, no se dejan rastros de fácil detección. De ahí que converjan la posición del acusado, refrendada por la PI, frente a la de la víctima, que es protegida por el ISN, posturas estas que, por lo general, son diametralmente opuestas, en un contexto en el que ambas partes están respaldadas por postulados reconocidos en ins-

trumentos jurídicos internacionales, que en Cuba adquieren rango constitucional, de modo que, por sí mismos, no poseen prevalencia jerárquica unos respecto a otros.

En el criterio de los autores, la coexistencia armónica entre ambos principios, no solo es posible, sino estrictamente necesaria, debido a que el quebrantamiento de alguno de ellos derivaría en un irremediable acto de injusticia que acarrearía consecuencias nefastas para la parte que resulte perjudicada como resultado de un mal proceder.

NNA conforman un grupo de elevada fragilidad por ser dependientes de los adultos para la satisfacción de sus necesidades básicas y la protección de sus derechos. La vulnerabilidad se acentúa a partir de los cambios emocionales y psicológicos que experimentan en su crecimiento y que los torna propensos al estrés y otros estados de ánimo desfavorables; por tanto, resulta inaceptable que, debido a la infracción de la norma penal por cuenta de un malhechor, sean víctimas de la perturbación de su desarrollo integral, en cuyo caso, el responsable deberá ser condenado con la rigurosidad que prevé ley.

Sin embargo, la responsabilidad penal del infractor debe ser demostrada, bajo estricto cumplimiento de sus derechos y garantías, luego de acopiar material probatorio legítimo, que se someta a contradicción y debate en el debido juicio oral, ante un tribunal genuino que, mediante la valoración correcta de las pruebas, determine que estas son suficientes para quebrar el estado de inocencia natural que acompaña al acusado, pues, en caso contrario, se incurría en una notoria injusticia; lo mismo que, si al tener la certeza de la culpabilidad del acusado, la decisión de los jueces obviara la superioridad de los intereses de la persona menor de edad que se ha visto afectada.

Queda claro que, cuando no existen los elementos suficientes que permitan despejar la incertidumbre respecto a la participación del encartado en el hecho imputado, la decisión ha de ser la absolución, aunque este fallo debe ser excepcional, teniendo en cuenta que puede impedir la satisfacción de ambas partes, al quedar sustentada en la duda y no en la plena convicción de lo realmente aocado, por lo que no se estaría ante un exacto acto de justicia, sino frente a una solución procesal, que nace como paliativo a la ineficacia de la acusación en probar el suceso y genera la exoneración de responsabilidad penal del encartado.

Lo justo sería que solo se declare absuelto a quien, tras el análisis integral de las pruebas, resulte indudablemente inocente.

Lo justo y lo injusto están separados por una fina línea que consiste precisamente en la actividad probatoria de calidad, vista esta, en toda su dimensión, desde la etapa investigativa hasta la fase de juicio oral. Ello adquiere una mayor relevancia en la tipicidad delictiva que se investiga, por su tendencia a ocurrir en soledad y a prolongarse en el tiempo, en ocasiones, por años, lo que dificulta la determinación de los detalles de lugares, fechas y horarios, no recordados por las víctimas, y pone en riesgo el ejercicio de la defensa del acusado.

De ahí que resulte imprescindible la perspicacia del investigador, el respeto a las formalidades procesales y garantías personales de las partes intervenientes, el buen hacer en las acciones encaminadas a verificar la existencia del delito y su contexto de ocurrencia, la recopilación y conservación de los medios de prueba y piezas de convicción, de manera que se corroboren los elementos objetivos y subjetivos que se expongan por el imputado y la víctima, a los efectos de poner a disposición del órgano juzgador una amplia gama de evidencias que le propicien datos de información para determinar la verdad material de lo acontecido.

Por su parte, se requiere del tribunal de juicio que incorpore legítimamente las pruebas al acto de juicio oral, con una visión bien acuciosa desde el momento de su admisión, para que, de resultar insuficiente el material probatorio para arribar al conocimiento cabal de cualquier situación, pueda disponer, de oficio, las que sean necesarias.

Durante el acto judicial, el desempeño del órgano juzgador en la conducción de la práctica de la prueba es vital, en el sentido de permitir a las partes implicadas que tengan la oportunidad de ofrecer sus puntos de vista, en respaldo a la postura procesal que enarbolan; velar por que no se produzca la revictimización de la persona agraviada, al evitar revivir innecesariamente las experiencias que le puedan afectar psicológica y emocionalmente, y agotar, con la pericia necesaria, todas las potencialidades de los medios probatorios.

Ello facilitará el proceso de análisis que debe desarrollar el colegiado, bajo el prisma de la sana crítica, para efectuar una valoración probatoria integral en la que se evalúen las razones expuestas por

las partes, tal como manda el Artículo 556.2 de la LPRP [GOR-O, (140), 2021, p. 4196], lo que deberá acontecer desde la imparcialidad, para que, tras justipreciarlas de conjunto, pueda determinarse el valor probatorio a atribuir a cada cual, según su objetividad, coherencia y racionalidad, con vistas a establecer los hechos probados; siempre, argumentando la convicción y exponiendo los motivos por los cuales se acogen unas y se rechazan otras, así como los fundamentos que las sostienen, en correspondencia con la exigencia del Artículo 568.2 e) de la propia ley de trámites (pp. 4198-4199). Así, se elimina la posibilidad de decidir sobre conjeturas infundadas.

El tránsito por la actividad probatoria, en los delitos de CPME, especialmente los que acontecen con la única presencia de la víctima y el victimario, exhibe limitaciones en el orden normativo y práctico que ameritan ser repasadas.

4.1. LIMITACIONES NORMATIVAS

La falta de una mención explícita y detallada al modo de aplicar el principio del ISN en la LPRP y el CPE puede conllevar a la errónea interpretación de su concepción en el proceso penal y de su interacción con los restantes principios que informan la materia. El respaldo que requiere tan importante axioma no se alcanza a cubrir con la única mención que de él se hace en el Artículo 271.4 de la primera de esas disposiciones [GOR-O, (140), 2021, p. 4146] ni las escuetas indicaciones que se consignan respecto a la toma de declaraciones a personas menores de edad en los preceptos 271 y 272 de la propia ley (p. 4146).

La Instrucción No. 285 de 2023, del CG-TSP [GOR-E, (87), pp. 558-561], en su apartado Décimo, muestra una formulación más acabada y precisa respecto al modo en que debe actuar el tribunal, cuando requiere la escucha de personas menores de edad; brinda detalles en relación con la comunicación previa que se debe producir entre el juzgador y el especialista designado sobre las particularidades del caso, para propiciar que realice su función, «orientada a favorecer la fluidez del diálogo y la salud emocional del niño, la niña o el adolescente [sic.], además, a ofrecer elementos relevantes para la evaluación judicial de su capacidad y autonomía progresivas».

Además, la referida disposición establece las reglas que sirven de guía cronológica de los pasos a seguir desde la preparación del acto de escucha hasta su cierre y, luego, en el apartado decimoprimero remite, para la valoración de la exploración de la persona menor de edad, a los artículos 556.2 y 568.2 d) de la LPRP [GOR-O, (140), 2021, p. 4196, 4198], con la precisión de que los resultados de aquella acción se tienen en cuenta por el tribunal en la determinación del ISN. Se prevé, a la vez, la posibilidad de derivar el caso a la Federación de Mujeres Cubanas, para el seguimiento posterior al infante, de ser necesario.

Esta disposición, aunque bien concebida en sus propósitos esenciales, tampoco consigue satisfacer la carencia normativa sobre el ISN, pues su aplicación se reduce a la actuación judicial y con énfasis en el momento de obtener el testimonio de NNA como prueba. Sin embargo, teniendo en cuenta que la participación de los infantes en el proceso penal puede ser una experiencia estresante, es esencial que se adopten medidas para garantizar que sean tratados con sensibilidad y se les brinde el apoyo necesario para superar cualquier trauma asociado con su intervención, en cualquier etapa del proceso.

Consecuentemente, debe concebirse el diseño de un procedimiento encaminado al tratamiento a NNA víctimas de delito, con enfoque multifactorial, para la protección del ISN, desde el inicio del proceso penal hasta la ejecución de la decisión del tribunal, con la determinación de la vía a seguir para encauzar el seguimiento posterior, en los casos que se requiera.

4.2. LIMITACIONES PRÁCTICAS

El quehacer de los operadores del Derecho en los procesos bajo análisis impone algunas barreras que se derivan de la subjetividad al interpretar y aplicar las normas que existen al respecto, lo cual desencadena la falta de uniformidad en la tramitación de los asuntos.

Uno de los aspectos vulnerables advertidos está asociado a la comprobación de las declaraciones vertidas tanto por el imputado como por la víctima, en el que desempeña un papel primordial la perspicacia del investigador, pues se constata que, en la generalidad de los casos, ambas van en dimensiones opuestas y constituyen los medios ex-

clusivos con los que se cuenta como punto de partida para la obtención de información, lo que se dificulta, si se tiene en cuenta que, mayoritariamente, los imputados se limitan a negar su participación en los hechos, sin ofrecer una versión con abundancia de elementos a verificar. De ahí la necesidad de que el investigador tenga la pericia suficiente para ahondar en las interioridades de lo planteado por los implicados y contrastar cuento elemento objetivo se avizore en sus alegaciones, para demostrar la verdad de lo sucedido, que bien pudiera ser mediante la corroboración de la existencia de los lugares y sus peculiaridades, la presencia de determinados objetos y personas mencionadas como posibles conocedoras de aspectos asociados al hecho, la veracidad de la ocurrencia de situaciones referenciales en torno al suceso (ropas, olores, sonidos, etc.).

Esto, sin perder de vista que la comprobación de tales aspectos ha de valorarse siempre de manera integrada y contextualizada, pues, por ejemplo, comprobar que, en el sitio distante y poco transitado donde ocurre el ilícito, existe una enorme piedra, cuyas características coinciden con las expuestas por la víctima, no tendrá el mismo valor probatorio si este infante debe pasar por ese lugar sistemáticamente (por estar en su trayecto cotidiano), que cuando, por el contrario, según lo demostrado, nunca antes lo había visitado y no le era posible arribar hasta allí, de no haber sido por el actuar del encartado. En atención a ello, deben hacerse constar en las actuaciones todos los detalles relacionados con el asunto que se indaga.

Por estas propias razones, adquiere una mayor relevancia la intervención de los especialistas desde el inicio del proceso en el que se hallen involucradas personas menores de edad como víctimas, pues son ellos quienes lograrán acopiar la información requerida respecto a NNA, tales como su entorno, caracterización o perfil psicológico, comportamiento personal (tanto en el ámbito familiar como escolar), posibles afectaciones con posterioridad al ilícito, no solo para determinar el modo en que deben desarrollarse las exploraciones especializadas, sino, también, cuando sea necesario precisar el seguimiento y la atención integral para reducir los riesgos de las secuelas derivadas de los hechos. Tales acciones deberán estar complementadas, en todos los casos, con las validaciones de los testimonios ofrecidos por las víctimas.

Sin embargo, se observa que la intervención de los especialistas se limita a la obtención de las declaraciones, sin que exista evidencia en las actuaciones del modo en que se garantiza la preparación de la exploración, pues no consta la comunicación previa al respecto; solo en aislados casos, se aportan informes psicológicos o sobre la situación familiar y escolar. Se aprecia que es muy diferente el uso de la validación de testimonios en esas provincias: en algunas se aplican a casi la totalidad de los procesos (Camagüey) y, en otras, es muy excepcional (La Habana).

Esta inconsistencia en la participación de los especialistas trae consigo que, en no pocos asuntos, se haga necesaria la realización de más de una exploración al infante, con su consiguiente revictimización, por no haberse logrado la obtención de los datos imprescindibles en un solo acto. Asimismo, se aprecia que, en ocasiones, esta posterior toma de testimonio contraviene la sugerencia del experto interveniente en la acción inicial, con relación a la evitación de traer al niño al proceso nuevamente.

Es por ello que otra de las vulnerabilidades consiste en la manera de realizar las exploraciones a las personas menores de edad durante la fase preparatoria, sin cumplir con los requisitos exigidos en el Artículo 271.2 de la LPRP [GOR-O, (140), 2021, p. 4146]. En 28 de los casos analizados, se detectaron quebrantamientos en este sentido, que consistieron, indistintamente, en la realización de esas acciones en locales no acondicionados para los niños, sin la intervención de los especialistas o el fiscal, solo con el instructor o con insuficiente preparación, lo cual impidió obtener la información y agotarla en un único momento.

De todos los procesos revisados, solo en uno estuvo presente el abogado de la defensa y en 11 el fiscal, sin que se pueda verificar la comunicación previa con los letrados que estaban debidamente designados. Esta es una dificultad que incide, directamente, en la preparación y el desarrollo efectivo de la entrevista. En consideración de los autores, debería disponerse preceptivamente la intervención del fiscal y el abogado desde la preparación, pues ello daría la posibilidad de hacer una exploración más profunda, en la que se abordasen todos los puntos de vista, mediante el análisis previo por los especialistas de los interrogantes que aquellos aporten, para poder

agotarlas del mejor modo posible y evitar tener que retomar la interacción con el menor de edad, para esclarecer eslabones sueltos que pudieron preverse desde el inicio. Incluso, sería útil la participación de abogados de oficio, en los casos en que no se hayan contratado los servicios por el acusado.

Dada la connotación que adquiere la exploración entre el material probatorio de estas tipicidades delictivas, se torna indispensable que los informes que, al respecto, emiten los especialistas, contengan una información acabada sobre los métodos empleados para captar el testimonio, así como las técnicas para su valoración y los elementos tenidos en cuenta durante el análisis, para arribar a las conclusiones que se ofrecen, pues, con ello, se elevaría el rigor científico de la prueba y se incrementaría su credibilidad y validez. Estas peculiaridades aún no caracterizan los informes que se exhiben en los expedientes; por el contrario, se advierte la tendencia a usar similares argumentos, a pesar de que los casos sean diferentes, con el empleo de expresiones genéricas, imprecisas e idénticas en múltiples asuntos, lo que puede menoscabar su eficacia.

Ante estas vicisitudes, el estudio que se efectúa por el juez de la fase intermedia, previo a la apertura a juicio oral, resulta vital. Es precisamente este momento procesal el que crea las condiciones idóneas para el desarrollo de un acto judicial de calidad, en el que se puedan practicar pruebas útiles y suficientes para la probanza de lo acontecido. En atención a ello, se requiere de una revisión minuciosa, por medio de la cual se comprueban los elementos objetivos que se obtienen de lo dicho por el imputado y la víctima, y la corroboración de la suficiencia de los medios probatorios, en cuyo defecto, se deberán indicar las acciones concretas que deben cumplirse a esos fines. Tal requerimiento, en varios casos, no se cumple a plenitud y conlleva a avanzar al señalamiento del juicio oral, con la existencia de lagunas y/o contradicciones que pudieron ser saneadas en aquel trámite.

Siguiendo el hilo conductor del proceso penal, se puede percibir que en la actuación judicial existen algunas brechas que deben ser atendidas, con vistas a perfeccionar la actividad probatoria, que, como se ha reiterado previamente, constituye el punto neurálgico en la coexistencia armónica de los principios bajo estudio.

Corresponde al órgano judicial la selección acertada del material probatorio que, finalmente, será sometido a debate en el acto judicial y

analizado para formar la convicción sobre lo sucedido; de ahí que sea imprescindible el dominio pleno de las actuaciones y de las interioridades del caso para acertar en la admisión y práctica de las pruebas más útiles y efectivas.

En este momento del proceso, la precisión es vital; resulta tan dañino rechazar los medios de probanza destinados a verificar aspectos objetivos del asunto como excederse en la admisión de otros que se han anexado al sumario y cuya única virtud pudiera ser la de engrosar el volumen documental, sin que nada aporten, por versar sobre temas que no están siendo sometidos a debate, por no estar relacionados directamente con el hecho y sus circunstancias, o la culpabilidad del imputado y su individualidad, ni ser relevantes para verificar, directa o indirectamente, algún aspecto enarbulado por las partes para defender sus tesis, ni servir siquiera como complemento a otras evidencias existentes.

Se encontraron expedientes en los que se incurrió, indistintamente, en un dislate u otro, con la consecuente afectación a la calidad de tan importante etapa judicial y su alcance negativo a la decisión adoptada. En esta situación, se constata como uno de los deslices de mayor trascendencia el de no proceder a la escucha de los menores de edad en el juicio, en asuntos en que las contradicciones y lagunas investigativas existentes la hace aconsejable.

Esta decisión, encaminada a evitar la revictimización de la persona menor de edad, no debe constituirse en obstáculo para el desarrollo de una actividad probatoria de calidad. Si bien es cierto que resulta inconveniente la exposición de las víctimas al estrés de asistir a un acto judicial que remembre las vivencias indeseadas, también lo es que existen situaciones en las que ello se hace imprescindible. Aun en tal caso, se han de cumplir las condiciones exigidas para reducir al mínimo posible las secuelas que puedan derivar de esta experiencia.

Luego del juicio oral, la objetividad y racionalidad en la valoración de las pruebas legítimamente presentadas y debatidas, demanda del juzgador un análisis imparcial y cuidadoso, en el cual no puede perder de vista, respecto a cada medio probatorio, su origen y autenticidad, con evaluación del cumplimiento de las garantías y los derechos durante su obtención, como elementos indispensables para su validez; además de su credibilidad, en la que inciden su coherencia y contun-

dencia, los intereses y las posibles razones que pueda tener la fuente para falsear la información, entiéndase el testigo o la persona que emite los documentos de cualquier naturaleza; e igualmente, en el caso de las pruebas periciales, es importante verificar la idoneidad, experiencia y objetividad del perito, unido a la confiabilidad de los métodos y las técnicas empleados por él para obtener los resultados.

Todo ese proceso cognitivo debe comprender el análisis conjunto y contextualizado de los elementos de probanza, con observación del modo en que se integran e interactúan entre ellos, su valor probatorio y relevancia, para arribar a una conclusión sobre la culpabilidad del acusado o su inocencia, tomados en cuenta los aspectos notables que permitan llegar a una decisión justa y equitativa.

A propósito de lo antes expuesto, fueron detectados asuntos en los que se confirió a la exploración del menor un valor probatorio aparentemente desproporcionado, debido a que el testimonio no encuentra un claro respaldo en otros elementos objetivos. Ello está matizado, además, por la insuficiente argumentación en las sentencias, en relación con las razones que condujeron a los jueces a estimar dicha prueba como válida. En algunos procesos, la sala de juicio se limita a resaltar la relevancia del testimonio de los menores, a partir de su no variación durante las investigaciones, actuar que puede comprometer el fin justo perseguido. El examen crítico de esta prueba no puede hacerse de modo aislado ni es permitido conferirle una prevalencia injustificada sobre los restantes medios probatorios; por el contrario, debe someterse, al igual que las demás, a la valoración conjunta e integral, detallada en párrafos anteriores.

En el caso muy específico de esta prueba, es conveniente que se justiprecie, como mínimo, en combinación con los exámenes periciales que se hayan efectuado al menor de edad, los que pueden complementar la valía de estos testimonios y confirmarlos. La vulnerabilidad e indefensión que distingue a NNA no puede conllevar a ningún tipo de predisposición a favor de su testimonio y, por consiguiente, la estimación de este, sin someterlo a determinados parámetros que permitan confirmar, racionalmente, su validez, entre ellos, los que a continuación se enuncian —abordados en los textos consultados y compartidos por los autores del presente estudio—, que permiten

despejar las dudas de los juzgadores: la credibilidad, la verosimilitud y la persistencia.

Por tanto, en la argumentación que se brinde por los jueces para sustentar el valor que atribuyen a la exploración de la víctima, se debe fundamentar la improbabilidad de que su testimonio esté condicionado por rencor, hostilidad, venganza, desafío o algún interés que vicie su veracidad. Ello ha de complementarse con la exposición de los elementos circunstanciales e inherentes al hecho que avalen los elementos fácticos expuestos, es decir, su cotejo con las demás pruebas practicadas. También, deberá profundizarse en si se trata de un testimonio que se ha mantenido en el tiempo y se ha mostrado sin contradicciones ni ambigüedades.

Es posible que, por las características propias de esta tipicidad delictiva, en cuanto a sus intervenientes, no se logre captar toda la información necesaria para satisfacer el conocimiento pleno, que propicie la argumentación de la totalidad de los parámetros enunciados, y que aun así el tribunal arribe a su convencimiento sobre la utilidad de la exploración del menor y la ocurrencia de los hechos, a partir del razonamiento que particularmente haga del caso. Sin embargo, no es suficiente que los jueces realicen una evaluación rigurosa de las pruebas puestas a su disposición y que logren su convicción, pues se requiere que también transmitan en la sentencia, con claridad y concreción, la valoración que los condujo a tal certeza; de manera que sea verificable la transparencia, imparcialidad y legalidad de los razonamientos, y de la decisión adoptada.

A pesar de las limitaciones identificadas, la PI y el ISN encuentran protección en el ordenamiento jurídico cubano y son respetados en la práctica judicial. Las debilidades en el proceso pueden poner en riesgo la coexistencia armónica de ambos principios, pero el acometimiento de una actividad probatoria de calidad puede garantizar el cumplimiento de ambos sin rebasar los límites del debido proceso.

Para lograrlo, es necesario que los actores involucrados en la tramitación y el esclarecimiento de estos asuntos trabajen de manera coordinada y prioricen siempre el bienestar y la protección de los menores de edad, sin comprometer la PI de los acusados. Asimismo, deberá fortalecerse la regulación legal existente hasta el momento.

En última instancia, la clave está en encontrar un equilibrio entre la protección y el respeto a los derechos de NNA y los acusados, bajo la premisa de que la verdad debe prevalecer por encima de todo. Con un enfoque basado en la calidad y la imparcialidad de la actividad probatoria, es posible garantizar que los principios de PI e ISN se cumplan de manera armoniosa en beneficio de la justicia y la sociedad en su conjunto.

V. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico en Cuba reconoce, con rango constitucional, el debido proceso y los principios de presunción de inocencia e interés superior del niño; también refrendados en la Ley del proceso penal, aunque a esta se le censure la formulación indirecta de la última máxima mencionada.

El delito de corrupción de personas menores de edad tiene un enfoque hacia el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.

La amplia y rigurosa gama de sanciones principales y accesorias, previstas en la ley penal sustantiva, propicia la certeza en las decisiones y la mejor efectividad en el enfrentamiento de tales conductas.

Esta tipicidad delictiva se caracteriza por su ocurrencia en soledad, su asociación a conductas que afectan la sexualidad, cuyos victimarios poseen vínculos de familiaridad o afecto con la víctima y por una ejecución que se prolonga en el tiempo.

Los principios de presunción de inocencia e interés superior del niño son respetados en la práctica judicial, aunque existen limitaciones normativas y empíricas que ponen en riesgo la coexistencia armónica de ambos.

Se hace necesario fortalecer la regulación legal del procedimiento a seguir en el proceso penal cuando existan personas menores de edad como víctimas de delitos.

VI. REFERENCIAS

- Agudelo Ramírez, M. (Enero-junio, 2005). El debido proceso.
Opinión Jurídica, 4(7), 89-105. <https://revistas.udem.edu.co>

- Alle Ramos, G. (2016). Constitución y debido proceso en Cuba. *Revista de Investigación e Innovación*, 1(2), 7–16. <https://revistas.utb.edu.ec/index.php/magazine/article/view/46>
- Bacigalupo Zapater, E. (Febrero, 1988). Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (41), 365-386. <https://dialnet.unirioja.es>
- Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Diciembre 18, 2023). Instrucción No. 285. *GOR-E*, (87), 558-561.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Goite Pierre, M. y Mendoza Díaz, J. (2020). El debido proceso penal en el modelo constitucional cubano. *Universidad de La Habana*, (289), 163-186. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0253-92762020000100163
- Hoyos, A. (1996). *El debido proceso*. Temis.
- Ley No. 143, «Del proceso penal». (Diciembre 7, 2021). *GOR-O*, (140), 4095-4251.
- Ley No. 151, «Código penal». (Septiembre 1.º, 2022). *GOR-O*, (93), 2557-2696.
- Madrid-Malo, G. (1997). *Derechos fundamentales* (2.ª ed.). 3R Editores.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2014). Convención sobre los derechos del niño. En *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 119-146. Organización de Naciones Unidas.
- Organización de Naciones Unidas. (1948). Declaración universal de derechos humanos. En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. <https://www.hchr.org>
- Pérez Fleitas, E. (Marzo, 2012). El debido proceso: Una mirada desde la perspectiva del juez cubano. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, s.p. www.eumed.net/rev/cccsls/19/

Valle Molina, G. (2002). Las garantías constitucionales y el debido proceso en la República de Cuba. HiperPEN 4.0 [repositorio interactivo, Universidad de Camagüey].

XII Congreso Internacional de Derecho Penal. (Septiembre 16-22, 2015). *Revue internationale de droit pénal*, (86), 537-548.
<https://doi.org/10.3917/ridp.861.0537>

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS



LA DELEGACIÓN VOLUNTARIA Y PARCIAL DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

THE VOLUNTARY AND PARTIAL DELEGATION OF THE EXERCISE OF PARENTAL RESPONSIBILITY

■ **DR. LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO**

Profesor titular de Derecho civil, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana; notario, Cuba¹

gallardo@lex.uh.cu

<https://orcid.org/0000-0002-8174-6773>

Resumen

El Código de las familias de 2022 concibe un ejercicio de la responsabilidad parental que afianza los deberes de padres y madres en razón de la parentalidad y flexibiliza su ejercicio ante circunstancias excepcionales que impidan a los(as) titulares, temporalmente, el cumplimiento de sus obligaciones. La posibilidad de concertar pactos delegatorios es una alternativa que ofrece el nuevo Código, al admitir que estos se instrumenten en sede notarial, por escritura pública, o se homologuen ante el tribunal competente por los trámites de la jurisdicción voluntaria. La intervención preceptiva del (de la) fiscal(a) como autoridad pública y la escucha del niño, la niña o el (la) adolescente, conforme con su autonomía progresiva, refuerzan las garantías legales con las que se blinda a dichos pactos. Impone la ley, además, la cautela

¹ El autor es, además, miembro de la Junta Directiva Nacional de la Unión de Juristas de Cuba, presidente de la Sociedad Científica de Derecho Civil y de Familia y vicepresidente de la Sociedad del Notariado cubano; Académico Honorario de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid (España) y de la Academia de Ciencias Sociales y Jurídicas de Córdoba (Argentina); presidente del Consejo editorial de la *Revista Cubana de Derecho*; Doctor Honoris Causa de la Universidad de Pinar del Río (Cuba). Ha sido profesor invitado en múltiples universidades; atesora innumerables méritos académicos y una amplia lista de publicaciones científicas.

de que tal delegación no solo sea temporal, sino también parcial. El presente artículo pretende poner a las claras la distinción entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, caracterizar la delegación de esta y diferenciarla de otras figuras afines, para contribuir a la implementación efectiva de la nueva ley familiar; a tal fin, parte de un examen de las fuentes documentales primarias, contentivas de la doctrina jurídica más trascendente en tal materia y recorre, someramente, los derroteros jurídicos comparados.

Palabras clave: Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental; delegación; pactos delegatorios; familias ensambladas; ejercicio conjunto.

Abstract

The Family Code of 2022 envisages an exercise of parental responsibility that strengthens the duties of fathers and mothers by reason of parentality and makes their exercise more flexible in exceptional circumstances that temporarily prevent the holders from fulfilling their obligations. The possibility of concluding agreements to delegate is an alternative offered by the new Code, by allowing these to be instrumented in a notary's office, by public deed, or to be homologated before the competent court through the procedures of voluntary jurisdiction. The mandatory intervention of the public prosecutor as a public authority and the hearing of the child or adolescent, in accordance with his or her progressive autonomy, reinforce the legal guarantees with which these agreements are protected. The law also imposes the precaution that such delegation is not only temporary, but also partial.

Keywords: Ownership and exercise of parental responsibility; delegation; delegation pacts; blended families; joint exercise.

Sumario

I. La responsabilidad parental en el Código de las familias; II. Anatomía de la delegación de la responsabilidad parental; III. Distinción de otras figuras jurídicas; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL CÓDIGO DE LAS FAMILIAS

El Código de las familias (CFS) [GOR-O, (99), 2022, pp. 2893-2995], recientemente aprobado por referéndum popular, a diferencia de su predecesor, que no alcanzó a distinguir, en sentido técnico, entre la titularidad de la patria potestad y su ejercicio —lo cual fue criticado por la doctrina precedente (Velazco, 2014, pp. 27-51)—, deja claro, en sus artículos 140 y 141, qué es la titularidad de la responsabilidad parental (RP) y qué el ejercicio, término ese (el de RP) que se ha empleado para hacer referencia a las relaciones que se establecen entre padres y madres con su prole menor de edad (Ferrer-Riba, 2021, pp. 119-120).

Explica el citado autor que

la expresión de «responsabilidad parental» debe concebirse, principalmente, como una actualización terminológica, una forma más adecuada de referirse al conjunto de poderes, derechos y obligaciones que le pertenecen a los progenitores, así como a las personas en sustitución del padre o de la madre (*in loco parentis*). (2021, p. 119)

Tal concepto se ha ido ampliando a través de la publicación del *White Paper* sobre los Principios relacionados con el establecimiento y las consecuencias legales de la paternidad, redactado por un Comité de expertos en Derecho familiar (*White Paper on Principles concerning the Establishment and Legal Consequences of Parenthood*, 2002) —según refiere el propio autor— y, también, con la iniciativa del Consejo de Europa que continuó con el Reglamento de Bruselas II bis en 2003 y se consolidó, definitivamente, en 2007 con la publicación de los Principios de Derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental (Principios CEFL). A juicio del profesor Ferrer-Riba (2021), en estos últimos textos

el concepto de responsabilidad parental se amplió y llegó para referirse a la posición de cualquier persona, cuyos derechos y obligaciones se hayan atribuido con el propósito de promover y salvaguardar el bienestar del niño, sin importar si la posición tiene un contenido mayor o menor. En este sentido, las responsabilidades parentales incluyen el derecho

de determinar la residencia del niño (uno de los componentes más importantes dentro de los derechos de custodia), el derecho de mantener relaciones personales en un lugar apropiado con el niño (describe la esencia de un derecho al acceso y al contacto) y todas las otras funciones de cualquier persona o institución con el propósito de cuidar la persona y los bienes del niño [...]. Con respecto a un significado más amplio, las responsabilidades parentales pueden establecerse para personas que no sean los progenitores del niño; por ejemplo, los abuelos, los padrastros, los padres temporales e, incluso, [las] instituciones públicas [...]. (p. 120)

Como afirma Kemelmajer (2021), ello «implica un cambio simbólico que pone en valor el deber de los padres de orientar al hijo hacia su autonomía» (p. 212). Así, la titularidad es una investidura formal, el continente, que se adquiere en razón de la filiación con respecto a los hijos y las hijas menores de edad, cualquiera que sea su fuente. Al decir de Álvarez-Tabío Albo,

la titularidad se refiere al conjunto de deberes y derechos que madres y padres tienen por el simple hecho de su condición filiatoria legalmente establecida. Es decir, se entiende como la posesión, en abstracto, de esas facultades, atribuciones, funciones, prerrogativas, derechos y deberes que conforman el contenido de la responsabilidad parental, que surge por el hecho de la filiación y que, en principio, corresponde a todos los que figuren legalmente como madres y padres [sic.]. Salvo en supuestos muy excepcionales, la titularidad corresponde conjuntamente a las madres y padres [sic.] legalmente reconocidos como tales. (2023, p. 464)

La titularidad está dada, precisamente, por la condición de padre o madre. Es la faz estática y solo puede ser privada (artículos 190-192, 194-196) o excluida en los casos legalmente previstos (Artículo 200). Todo padre o madre, por el hecho de serlo, es titular de la responsabilidad parental (T-RP). El contenido de esta se regula en el Artículo 138 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2918] y llevaría, por sí, un estudio que excede con creces la pretensión del presente.

Por su parte, el ejercicio de la responsabilidad parental (ERP) es la faz dinámica de esta. Según Álvarez-Tabío Albo,

constituye el desarrollo efectivo de la titularidad, su vertiente dinámica y activa; es la puesta en práctica de aquellas funciones, facultades, deberes y atribuciones. La regla general será también el ejercicio conjunto y esta situación permanecerá normalmente inalterable una vez disuelto el vínculo matrimonial o que de hecho sostienen padres y madres salvo que ellos mismos o el tribunal establezcan otra cosa. (2023, p. 464)

El ejercicio tiene varias facetas, tanto en el orden personal como en el patrimonial; implica la representación para hacer valer los derechos del hijo o de la hija y concluir, válidamente, actos y negocios jurídicos de los que este y esta son titulares, la administración del patrimonio, la protección de su integridad física y moral, su salud física y psíquica, pero no en abstracto —ello es terreno de la titularidad—, sino en concreto, en el quehacer diario que los padres y las madres desenvuelven en pos de educar, formar y forjar la personalidad de sus hijos e hijas. El ejercicio, en principio, en el nuevo Código, al igual que en el precedente, es dual y mancomunado: los(as) T-RP la han de ejercer de conjunto, salvo en los supuestos de multiparentalidad (dado que aquí no serían dos padres o madres quienes la ejercerían, sino tres o más) y en aquellos en que se prevé la posibilidad de concentrarla en uno solo o una sola, a saber:

- a) En materia de representación, cuando hay conflicto de intereses —Artículo 139.2 b) del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2920]—, de modo que los padres o las madres no pueden ejercer las facultades de representación que tienen con respecto a sus hijos e hijas en razón de la titularidad de la RP, v.gr., si pretenden donarle(s) un bien inmueble de su propiedad, caso en el cual la representación del hijo o de la hija correspondería a otro(a) parente o madre. Si el conflicto se diera con ambos(as) T-RP o con todos(as) (multiparentalidad), la representación competiría a la defensoría familiar, según el dictado del Artículo 452 del propio Código (p. 2973).
- b) También en sede de representación, cuando resulte procedente que el ERP se concentre en uno(a) de los padres o las madres, lo que requiere de la intervención del (de la) fiscal y la aprobación judicial —Artículo 139.2 c) del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2920]—, v.gr., si uno(a) de ellos(as) está fuera del país y, objetivamente, no puede

retornar o, sin importar dónde esté, se ha desentendido de sus hijos e hijas, a quienes deja en un estado de abandono.

c) En los casos de urgente necesidad en que esté comprometida la vida o la integridad física del hijo o de la hija —Artículo 142.2 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2920].

A diferencia de la titularidad, el ejercicio compete no solo a los padres y las madres, sino también a quien se le haya delegado este de forma voluntaria y parcial. Y como apunta la profesora Álvarez-Tabío Albo (2023),

[...] el cuidado personal implica la convivencia con la hija o el hijo y la realización de los actos necesarios para su protección que se desarrollan en el día a día, en la cotidianidad; en tanto el ejercicio de la responsabilidad parental abarca un mayor espacio en la toma de decisiones y la realización de todos aquellos actos que van más allá de la cotidianidad —tales como la elección del domicilio, la elección de la escuela, la autorización para la realización de un viaje o un traslado provisorio fuera de la ciudad, el consentimiento para la realización de algún proceder médico o intervención quirúrgica, la representación del hijo, la administración de sus bienes, entre otros—, [...] es por ello que el ordenamiento jurídico ha de diferenciar entre la titularidad de la responsabilidad parental y la titularidad del cuidado personal de los hijos, pues, entre otras cosas, cabe perfectamente mantener la titularidad y el ejercicio sin ejercer la guarda y custodia. Los progenitores, cualquiera que sea su situación afectiva o conyugal, mantendrán como regla general tanto la titularidad como el ejercicio de la responsabilidad parental, con independencia de a cuál de ellos le sea otorgada en casos de no convivencia [...] la guarda y los cuidados del menor hijo. (p. 464-465)

II. ANATOMÍA DE LA DELEGACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Imbuido en los nuevos bríos que trae el CFS de 2022 [GOR-O, (99), pp. 2893-2995], y desde la flexibilidad que se busca en el ERP, el legislador franqueó la posibilidad de concentrarlo por disposición

judicial —Artículo 139.2 c) (p. 2920). En sintonía con ello, el CG-TSP dictó la Instrucción No. 279 [GOR-E, (28), 2023, pp. 159-161], cuya finalidad fue la de introducir en la práctica judicial las pautas para la adecuada solución de los asuntos relacionados con el ejercicio no conjunto de la RP, o ante la existencia de discrepancias con motivo de tal ejercicio, en los casos en que se solicite la autorización para la obtención de pasaporte a favor de las personas menores de edad y/o para su salida del territorio cubano, a fin de que se garantice el disfrute adecuado de todos los derechos, en armonía con los principios que rigen el funcionamiento de los vínculos jurídico-familiares, en su relación con la sociedad y el Estado.

También quiso el legislador franquear aquella posibilidad en los casos previstos en la ley —Artículo 139.2 b) (p. 2920)—, a favor de uno(a) solo(a) de los padres o las madres, y permitir la delegación parcial y provisional del ERP. En cambio, la indelegabilidad del ERP es hoy día la tendencia prevaleciente en el Derecho comparado. Así, a modo de ejemplo, en el Derecho mexicano, lo deja establecido el Artículo 448 del Código civil federal. Incluso la Tercera Sala de la Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo directo 4434/73, ha determinado que permitir su renuncia a favor de otras personas diversas a sus titulares iría en contra del orden público y en perjuicio de terceros, en este caso, de quienes estén sujetas a ella (Espejo y Delgado, 2022, p. 307).

Por el interés que ha concitado ello en los estudiosos del Derecho familiar patrio y en los operadores del Derecho, es dable ofrecer un análisis teórico de la figura y examinarla detenidamente. A los fines metodológicos, conviene hacer una «disección anatómica» de la delegación parcial del ejercicio de la responsabilidad parental (DP-ERP) con el objetivo de construirla dogmáticamente a partir de cuatro presupuestos: el contenido del acuerdo de delegación, las circunstancias en las que procede, los requisitos de forma y los sujetos entre los cuales se concierta.

— *¿Qué es la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental?*

La posibilidad de delegar de forma voluntaria y parcial el ERP es una alternativa que responde a la realidad sociofamiliar. La dinámica de la vida lleva a la necesidad de que, en casos excepcionales, los padres y las madres tengan que delegar parte del ERP en familiares,

muchas veces abuelos(as), tíos(as) o padres y madres afines, según se den las circunstancias, conforme con el principio de realidad familiar. Ello ha de estar motivado por causas justas, dotadas de la excepcionalidad que el legislador impuso, en tanto el ERP, por esencia, a sus titulares y constituye uno de los deberes más trascendentales en la vida de una persona. De ahí que la delegación sea la excepción, nunca la regla.

El CF de 1975 [GOR-O, (6), pp. 71-86], en materia de patria potestad, preveía implícitamente su indelegabilidad. No había motivo alguno ni circunstancia de ningún tipo que habilitara la delegación. Los artículos del 81 al 87, reguladores de la patria potestad, no brindaban ni el más mínimo resquicio a esa posibilidad, la que constituía un clamor social, aun cuando estuviera sujeta a excepciones, sobre todo en los supuestos de padres y madres que cumplían misiones oficiales fuera del país. Igual acontecía en Argentina, cuyo Código civil y comercial, aprobado en 2014 y en vigor desde el primero de agosto del año siguiente, es un puntal para entender la filosofía del nuevo CFS de Cuba. En argumento que igual vale para el caso patrio, relata Fornasari (2021) que

la realidad social muestra que, en numerosos casos, por diversas circunstancias, los progenitores dejan provisoriamente a sus hijos al cuidado de terceros. La reforma vino a salvar la ausencia de regulación que existía en el Código civil para estos casos en los cuales los hijos convivían con otras personas que no eran sus padres, situaciones ante las cuales se debían utilizar otras figuras jurídicas como la adopción, la tutela y la guarda de personas. (pp. 56-63)

Desde el punto de vista etimológico, *delegación* es la acción y efecto de delegar. En tanto que *delegar* es un verbo transitivo que significa «dar la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio a otra, para que haga sus veces o para conferirle su representación» (RAE, 2023, s.p.), «otorgar a otra persona una responsabilidad determinada» (*Definición ABC*, 2023, s.p.) o «autorizar a otra para que haga algo en su lugar» (*Diccionario panhispánico de dudas*, 2023, s.p.). De modo que se trata de un traspaso que realizan los(as) T-RP de una parte del ejercicio de esta, esencialmente la guarda y el cuidado de los(as) hijos(as), la representación, la administración del

patrimonio o determinados actos de naturaleza personal, todos los que forman parte de ese ejercicio.

La delegación es un acuerdo de voluntades o pacto que tiene los efectos establecidos por el Derecho. En virtud de ese acuerdo concertado con las formalidades jurídicas previstas a tal fin, se traspasa parte del ERP a las personas que el CFS legitima para ser delegados(as) de tal ejercicio. Ellas o los(as) delegantes conservan la titularidad, de modo que, conforme establece el Artículo 145.4 [GOR-O, (99), 2022, p. 2921], «los titulares de la responsabilidad parental tienen el derecho y el deber de supervisar la crianza y educación de la hija o el hijo durante ese período». Es un acuerdo entre sujetos debidamente legitimados, expresión de los principios de autonomía privada y realidad familiar (Fornasari, 2021, pp. 56-63), consagrados ambos en el Artículo 3, incisos I) y m), respectivamente, del CFS (p. 2895) y también del principio de solidaridad, previsto en el inciso d) del propio precepto.

Krasnow, citada por Imas (2021), defiende —con acierto— que la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (D-ERP) está sustentada en los principios de autonomía y solidaridad,

[...] el primero [en tanto] tiene en cuenta la voluntad de los adultos que toman la decisión de delegar un ejercicio que les corresponde, en principio, con exclusividad; y el segundo [...] porque la delegación solo puede tener lugar en pos de brindar protección a los hijos. (pp. 206-214)

La D-ERP reconocida en este Código tiene, como antecedente más inmediato, el Código civil y comercial de Argentina que le sirvió de fuente primigenia, el que la regula en los artículos 643 y 674, el primero relativo a los(las) parientes(as), y el segundo a los padres y las madres afines. En el contexto argentino, al decir de Videtta (2015),

el término pariente se entiende con el alcance que le da el Código [...] quedando fuera terceros o referentes afectivos, dado que, justamente, se eliminó del Anteproyecto la posibilidad de delegación en un tercero para evitar las situaciones conocidas como de «chicos puestos». (pp. 95-107)

La exclusión de los terceros o referentes afectivos, en palabras de Tordi, Díaz y Neirotti (2017),

se basa en un criterio precautorio que dificulte o impida que ésta sea una modalidad para configurar o formalizar una posterior «guarda de hecho», expresamente prohibida como antecedente para una pretendida adopción, conforme lo dispone el art. 611, CCiv.yCom. (en cuya redacción final también se eliminó la referencia al vínculo afectivo entre los pretensos guardadores y los progenitores), limitando como única excepción a la separación del niño/a [sic.] de sus guardadores de hecho la comprobación judicial de vínculo de parentesco entre los guardadores fácticos y los progenitores. (pp. 175-191)

Este particular no opera en el Derecho cubano, que extiende la posibilidad de la delegación, también, a favor de los referentes afectivos, no parientes. Dicha doctrina ha encontrado el fundamento de la delegación en

brindar un marco jurídico a prácticas habituales de la vida cotidiana de algunas familias que por diversas circunstancias temporales no pueden hacerse cargo del cuidado cotidiano de sus hijos. De este modo, se reconocen los efectos jurídicos de las relaciones entre el niño y los adultos temporalmente responsables de su cuidado, por delegación de los progenitores (Fornasari, 2021, pp. 56-63), [o sea] frente a situaciones por las cuales los padres no puedan cumplir adecuadamente con sus funciones. (Galati, 2019, pp. 240-248)

Tales circunstancias igualmente operan en la realidad sociofamiliar cubana.

La delegación se caracteriza por:

- a) Su excepcionalidad, al proceder tan solo en las circunstancias determinadas por la ley.
- b) Su temporalidad, al admitirse únicamente durante un año, si bien renovable.

Como expresa Fornasari (2021), «la delegación debe ser temporaria, por un tiempo determinado, a los efectos de evitar un desentendimiento prolongado de las responsabilidades parentales, circunstancia que debe ser resuelta por otros institutos legales de carácter permanente, como la adopción o la tutela» (pp. 56-63). Además, con

ello se evita que los(as) T-RP se desentiendan de esta (Videtta, 2015, pp. 95-107).

No se trata de una renuncia o abandono en el ejercicio de la responsabilidad parental, sino de una delegación, condicionada y acotada en el tiempo, que dispone un plazo máximo legal de un año, pero que no necesariamente en todos los casos deba ser de un año, pues funciona como límite máximo, debiendo mensurarse en cada caso durante cuánto tiempo las razones esgrimidas justifican la decisión. (Poder Judicial de Neuquén..., 2017, p. 4)

- c) Su carácter parcial, o sea, no se permite al (la) T-RP vaciar el contenido del ejercicio, pues debe reservarse una parte de este.
- d) Obedecer a situaciones justificadas en las que los(as) T-RP no pueden cumplir con sus deberes y funciones. Este presupuesto también se sustenta en la doctrina argentina (Galati, 2019, pp. 240-248).
- e) Responder en todo caso al interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA).

— *¿Cuál es el contenido de la delegación de la responsabilidad parental?*

La delegación recae sobre el ERP, no sobre la titularidad. Aquel —según lo previsto en el Artículo 141 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2920]— «comprende el cumplimiento efectivo de su contenido». En principio, la delegación supone, también, la atribución de la guarda y el cuidado de los(as) hijos e hijas a la persona a favor de la cual se delega. Y se dice *también*, puesto que dicho ejercicio —tal como establece el precepto mencionado— «corresponde de conjunto a sus titulares con independencia de si conviven o no con sus hijas e hijos», o sea, detentar el ejercicio no lleva consigo, necesariamente, tener la guarda y el cuidado. Por ejemplo, la guarda y el cuidado unilaterales corresponden a uno de los(as) T-RP, aunque el ejercicio de esta se siga compartiendo.

El acuerdo o pacto de delegación recae sobre una parte del ejercicio. Los(as) titulares tienen que reservarse la otra; con ello se evita un desprendimiento total de los deberes que, como tales, les compete asumir. Es necesario que en el acuerdo delegatorio quede explícitamente previsto qué parte del ejercicio se delega y cuál se reserva a los(as) T-RP para evitar colisión. Conviene, igualmente, que queden manifiestamente declaradas las facultades o los deberes delegados, sobre todo en lo

que concierne a la representación de los hijos y las hijas menores de edad, por la trascendencia que ello tiene.

Ciertamente, como expresa Burgués (2016),

[...] el alcance de la delegación del ejercicio comprende el desarrollo de actos que implican en lo material, el conjunto de deberes y derechos, en la toma de decisiones concretas orientadas a la protección, desarrollo y formación integral de los niños/as y adolescentes [sic.], lo cual excede, en principio, al cuidado personal pudiendo incluirse la representación y asistencia del hijo —que deberá ser manifestado en el acuerdo a los fines [de] que la persona a quien se le delega el ejercicio tenga algún tipo de legitimación que le permita un margen de actuación legal—, con excepción, entendemos de aquellos actos en los que se requiere el consentimiento de ambos progenitores (art. 645), en tanto el CCyC no especifica o limita determinados actos del alcance de la delegación. (p. 12)

Tratándose, además, de una DP-ERP, resulta necesario prever la pensión alimentaria que han de abonar los(as) T-RP, y fijar la fecha de pago, el lugar y la moneda en que este deberá efectuarse, el régimen de comunicación entre aquellos(as) y sus hijos e hijas, las vías por las que se comunicarán, de estar en el extranjero (teléfono, correo electrónico, whatsapp u otras); incluso, puede pactarse lo atinente al ERP en el entorno digital, previsto en los artículos 147 y 148 del CFS [GOR-O, (99), 2022, pp. 2921-2922], ello sobre la base de la edad del (la) infante o adolescente, supuesto este último en el que, también, pudiera preverse la posible intervención del (la) delegado(a) en el ejercicio de derechos inherentes a la personalidad del (la) adolescente, como el derecho a la integridad física, en cuestiones relativas, por ejemplo, a colocarse *piercings* o practicarse tatuajes.

A guisa de ejemplo, considérese el acuerdo delegatorio entre las madres adoptivas y el hermano biológico de una adolescente, homologado en virtud del Auto No. 592, de 30 de agosto de 2022, del Juzgado de Familia, 2.^a nominación, Córdoba, Argentina, en el expediente 10843941, cuyas cláusulas quinta y sexta se transcriben:

QUINTA: M. S. «asume la responsabilidad del ejercicio de la responsabilidad parental de la adolescente», a desarrollarse principalmente en el domicilio de éste, sito en Calle xxx com-

plejo de cabañas xxx, Barrio xxx, localidad xxx, Departamento xxx. SEXTA: Derecho y deber de comunicación: se acuerda un régimen amplio de comunicación a favor de las madres con su hija, asimismo se establece que: Fl. de semana de por medio: desde el día viernes a las 20 hs hasta el domingo a las 22. hs. L. regresará a la casa familiar de xxx sita en calle xxx s/n de la localidad de xxx. Vacaciones: 15 días del mes de enero y 15 del mes de febrero y 5 días durante el receso escolar de invierno L. los pasará en el hogar familiar de calle xxx s/n de la localidad de xxx y sus madres podrán realizar viajes con ella según lo acordado. Alimentos: se acuerda una cuota alimentaria a cargo de las madres a favor de su hija la que se fija en la suma equivalente al treinta por ciento (30%) del salario mínimo vital y móvil, el mismo será exclusivamente para la alimentación de L. su pago se hará efectivo del 01 al 10 de cada mes, por depósito bancario en la cuenta que se habilite a tales fines en el Banco de Córdoba a nombre de L. y a la orden del hermano biológico. A su vez, las madres abonarán los gastos de educación, actividades extraescolares, terapia psicológica, vestimenta, farmacia y obra social, y demás gastos personales de L. «Asimismo las partes proponen y se comprometen a respetar estas reglas acordadas mutuamente: Mantener el respeto en el trato, la comunicación y el reconocimiento de la autoridad como madres y a M. como responsable a cargo cuando no estamos con L. Continuar el vínculo con las familias y el entorno. Sostener una comunicación fluida entre todos. Que se soliciten permisos para salidas o viajes que salgan de lo cotidiano. Acordar pautas para el uso del celular. Que se respeten las formas, creencias, y normas de cada hogar. Mantener el hábito de cooperar con las tareas de la casa, en ambos hogares. Abrir el diálogo para acciones que impliquen intervenciones en el cuerpo de L. (tatuajes, piercings, etc). L. visitará C. fin de semana de por medio. Acordar visitas y viajes en vacaciones de julio y de verano. L. realizará una actividad deportiva o artística de manera formal. L. se compromete a Asistir al colegio y mantenerse al día con las materias. Sostener una terapia, en la medida que L. quiera aprovecharla (ya que venía realizando una y no ha

tenido el alta). Que L. reciba la atención básica de la salud. Y las madres se comprometen a: Abonar una suma de dinero que corresponda para los alimentos y gastos cotidianos. Pagar la actividad física o artística. Visitar a L. en xxx. Hacernos cargo de comprarle ropa. Mantener la comunicación y el diálogo para escuchar las necesidades de L. y lo que se refiera a acompañamiento en el proceso de M. y su familia. A respetar las creencias de la familia de M. y tenerlas en cuenta». (s.p.)

El acuerdo o pacto puede estipular, asimismo, que la DP-ERP sea en períodos alternos, y no perenne, durante el año en que, como máximo, puede operar la delegación; así, v.gr., si los(as) T-RP no pueden asumir su ejercicio por cuestiones laborales imposergables que los(as) llevan a salir del país durante los primeros 15 días de cada mes por un año, cabe la posibilidad de que el acuerdo o pacto de delegación se concierte en tales términos, de forma que el (la) NNA podría tener a los abuelos o las abuelas como delegados(as) del ERP durante los primeros 15 días del mes, mientras que, en el otro período mensual, los padres y las madres tendrían el ejercicio pleno.

— *¿En qué circunstancias es procedente la delegación?*

El CFS deja esclarecido que tal delegación procede solo por «razones suficientemente justificadas» —Artículo 145.1 [GOR-O, (99), 2022, pp. 2921-2921]—, o sea, que no puede efectuarse antojadizamente, sino cuando existan motivos que, a juicio de la autoridad pública (ya sea el(la) notario(a) o el tribunal competente que homologue el acuerdo delegatorio, en los trámites de la jurisdicción voluntaria), hagan procedente su autorización.

El legislador, en el supuesto de delegación voluntaria del ERP a favor de los abuelos, las abuelas y demás parientes(as), y las personas afectivamente allegadas a los hijos o las hijas (Artículo 145.1 mencionado) no establece un elenco de posibilidades, sino que se limita a enunciarla con alcance general, dejando su valoración a la racionalidad del(de la) notario(a) sobre la base del carácter excepcional de esta opción, habilitada también en sede notarial, a diferencia del Derecho argentino, en el que el acuerdo delegatorio debe ser homologado judicialmente, sin otra alternativa que el control público judicial, de acuerdo con los artículos 643 y 674 del Código civil y comercial (2014, pp. 125, 126).

Las razones esgrimidas deben tener cierto grado de justificación, tales como el cumplimiento de misiones oficiales, un viaje temporal al exterior del (de la) delegante(s), una enfermedad, una situación de discapacidad transitoria o temporal, por citar algunos ejemplos que son las causales que sí se establecen para la D-ERP en el padre o la madre afín —Artículo 182.1 CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2928]—; de modo que, integrando el ordenamiento jurídico, pudiera entenderse que estas son (si bien de modo enunciativo y no excluyente) las razones justificadas a que alude el Artículo 145.1 de la normativa familiar, buscando una simetría entre los escenarios en los que resulta posible la delegación.

En la jurisprudencia argentina, se ha previsto que estas causas justificativas

pueden ser de diferente tenor: un viaje prolongado de los progenitores, dificultades laborales que entorpezcan un adecuado desenvolvimiento de la responsabilidad parental, o complicaciones en la salud física o psíquica de los progenitores: todas circunstancias puntuales y concretas, cuya principal característica sea la provisoriedad. (Cámara de Apelaciones..., 2017, s.p.)

En igual sentido, se ha hecho énfasis en que

la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental estará marcada por dos extremos fundantes: el interés superior del hijo y que exista una razón para delegarla —debiendo prevalecer respecto de los hijos ante cualquier otra consideración. Al hablar de razones suficientemente justificadas [...] debe estarse al análisis de la situación familiar actual, detectando a través de un juicio de valor lógico, las finalidades y beneficios de la pretensión formulada [...] y la perentoria necesidad de evitar o hacer cesar riesgos, remover obstáculos, suministrar tutela de manera continua para impedir que lo que está en ciernes de producir perjuicios concretos —o agravarlos— no suceda, medidas que de no concederse darían lugar a desprotecciones que podrían ser irreparables [...]. (Juzgado de Familia, Paso..., 2015, s.p.)

En relación con el ERP por terceras personas, distintas de los padres y las madres, Ferrer-Riba (2021) hace referencia al incremento en Europa de sistemas legales que reconocen y regulan formas no tradi-

cionales de parentalidad social en las que se habilita la participación de terceras personas en el ejercicio de roles parentales, situación caracterizada por el autor como

un fenómeno reciente, el cual puede tenerse en cuenta por el incremento de la complejidad de las relaciones familiares de las sociedades actuales; la importancia otorgada por los estados por asegurar un ambiente seguro para el cuidado y manutención de los niños, [y entre ellas ubica] a) cuidados alternativos con la intervención de familias de acogida; y, b) la participación del cónyuge o pareja del padre o pareja en el ejercicio de la responsabilidad parental. (p. 129)

Esa realidad es muy similar a los dos escenarios previstos en el CFS de Cuba.

Ello supone que no debería prosperar un acuerdo delegatorio de la RP para que el hijo o la hija emigre al exterior. En tales circunstancias la imposibilidad de mantener el ERP por un tiempo no responde a una necesidad perentoria y extraordinaria de los(as) delegantes, sino a un proyecto de vida de larga data. En este caso compete a los(as) T-RP emigrar con sus hijos e hijas, no utilizar la figura de la D-ERP para que estos(as) emigren, con lo cual quedarían en manos de familiares residentes en otro país. No es posible considerar que se trata de *razones suficientemente justificadas*, pues se legitimaría una separación de los hijos respecto a sus padres y madres, con una temporalidad que estaría por ver, pues quedaría condicionada a la incierta posibilidad de que estos(as) puedan, también, emigrar y llegar con vida para reunirse con su prole, quienes, mientras tanto, quedarían al abrigo y la protección de familiares ajenos a sus padres y madres.

Como se ha dicho, si bien el legislador no desarrolla las circunstancias a tener en cuenta en el supuesto de la delegación voluntaria del ERP a favor de parientes(as) y personas afectivamente cercanas al hijo o la hija, sí lo hace en ocasión de la delegación a favor del padre o la madre afín. Así lo establece el Artículo 183 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2929]. Algunas de estas circunstancias debieran valorarse, igualmente, en el supuesto contenido en el Artículo 145 de la propia ley (p. 2921), como la relativa a la existencia del vínculo afectivo significativo que debería existir entre el (la) infante o adolescente y el (la) pariente(a) a quien se pretende delegar la RP; la inexistencia

de aquel, a juicio del autor, da al traste con la DP-ERP, aunque sea a favor de los(as) abuelos(as).

La escucha del (de la) NNA es una circunstancia a tener en cuenta en todo caso en que se pretenda la delegación. Tal decisión, con respecto a una persona menor de edad, no es dable, si no se practica su escucha, con los requerimientos que el Derecho establece y los efectos que ella tiene, por supuesto siempre que lo permita la autonomía progresiva de dicho(a) infante o adolescente, conforme con el desarrollo de sus facultades intelectuales. Esta escucha en sede notarial se ajustará a lo previsto en materia de divorcio por mutuo acuerdo en la Resolución No. 493, de 26 de septiembre de 2022, del ministro de Justicia [GOR-E, (58), 2022, pp. 1115-1119], mientras que, en sede judicial, seguirá los derroteros del Código de procesos (CPR) —Artículo 135 [GOR-O, (138), 2021, pp. 3998-3999].

Tratándose de una DP-ERP a favor del padre o la madre afín se requerirán otras circunstancias, recreadas en el Artículo 183, antes citado, como la existencia de una convivencia estable entre los miembros de la familia reconstituida, de manera que el padre o la madre y el(la) infante o adolescente comparten el mismo techo; además, se exige que aquel o aquella cumplan meritoriamente los deberes establecidos en el Artículo 181.1 del Código, que les corresponden por tal condición —«[...] a) Cooperar en su crianza y educación; b) realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico; y c) adoptar decisiones ante situaciones de urgencia»—, amén del parecer del padre o la madre no guardador(a), si procediera, tal como ya se ha visto.

— *¿Entre quiénes se concierta el acuerdo o pacto de delegación?*

Como ya se ha explicado, el acuerdo de delegación puede concertarse en dos escenarios: uno, entre los(as) T-RP y los(as) abuelos(as) u otro(a) pariente(a) o persona afectivamente cercana al hijo o la hija; y el otro, entre el (la) T-RP, guardador(a) del hijo o de la hija y el padre o madre afín, con el parecer del padre o la madre no guardador(a), si resulta posible. De lo expuesto cabe colegir que se puede delegar parte del ERP en una persona o en una pareja, cuyos integrantes la ejercerían conjuntamente.

En todo caso, hay una legitimación especial para la concertación del acuerdo delegatorio. A continuación, se analiza detalladamente cada uno de esos escenarios.

La delegación voluntaria, regulada en el Artículo 145 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2921], solo puede concertarse entre los(as) T-RP y determinados(as) parientes(as), entre ellos (ellas), los(as) abuelos(as), principalmente, los que son previstos de forma expresa por la norma, en razón de la tradición que ellos (ellas) han tenido, en Cuba, de asumir el cuidado de los(as) nietos(as) cuando los padres y las madres de estos(as)—hijos o hijas de aquellos(as)—no están en el país, o estando en él, no pueden asumir el ERP, y la guarda y el cuidado por razones tales como enfermedad, discapacidad u otras de fuerza mayor. De ahí la *ratio* del Artículo 8 del Código (p. 2897). Pero también cabe la delegación a favor de otros(as) parientes(as), ya sean estos(as) consanguíneos(as), adoptivos(as) o socioafectivos(as). No hay distinción alguna. Y tampoco se fija un límite de parentesco. Se estima suficiente con que se demuestre que son parientes(as) del hijo o de la hija y, por supuesto, cumplan con los demás requerimientos exigidos *ex lege*. De ahí que, como también acontece en el Derecho argentino,

[...] al no fijar la ley limitación en cuanto al grado o línea del parentesco, la interpretación debe hacerse en sentido amplio, siguiendo el principio que donde la ley no distingue no debemos distinguir; entonces, la delegación puede hacerse a un abuelo, tío, primo, primo segundo, etc., siempre y cuando se acredite el parentesco que los une. (Tordi, Díaz y Neirotti, 2017, pp. 95-107)

Y por si fuera poco, también es dable delegar la RP a favor de personas afectivamente cercanas, entendidas estas como *allegados(as)*, quienes han desempeñado un papel importante durante la infancia del niño o la niña, por su cercanía domiciliaria u otras razones, así, v.gr., vecinos(as) muy próximos(as), padrinos o madrinas de bautizo. En todo caso, hay que probar ante la autoridad competente (notario o tribunal) esos vínculos afectivos cercanos con el(la) infante o el(la) adolescente respecto del (de la) cual se asumirán el ejercicio parcial de la RP, la guarda y el cuidado temporales. La escucha del (de la) NNA puede ser esencial en la probanza de tales vínculos con la persona delegada, particular que, además, es vital para cualquier caso de delegación, pues el rechazo del (de la) infante o adolescente puede dar al traste con el intento de los(as) T-RP de delegar parte

de su ejercicio, incluso a favor de los(as) abuelos y abuelas como referentes afectivos más cercanos.

Este particular distancia la regulación nacional del Código civil y comercial argentino que, en su Artículo 643, solo permite la delegación a favor de los(as) parientes(as), lo cual ha llevado a que en algún fallo se haya declarado su inconstitucionalidad, a los fines de homologar el acuerdo delegatorio presentado a favor de personas no vinculadas parentalmente con el (la) infante o el (la) adolescente. Así, el Juzgado de Familia de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba, en el Auto No. 944, de 7 de octubre de 2015, se pronunció en el sentido de que,

frente a la difícil situación económica y las dificultades de la progenitora para criar a su hijo, frente a las posibilidades que le brindan los Sres. S S en cuanto a estudio, inclusión en una obra social etc. la limitación del artículo 643 del CC y C, en autos, resulta inconstitucional puesto que avanza sin fundamentos más allá que los que proclama la misma [sic.] en contra del interés superior del menor, motivo de autos. (*Diario Jurídico de Córdoba*, 2015, pp. 1-4)

En este escenario, el citado Artículo 145 del CFS utiliza el plural, pero, como es lógico, si uno de los padres o las madres fue suspendido(a) del ERP, no puede delegar parte de él, extremo que viene reconocido en el apartado 5 de ese precepto. Por supuesto, si en vez de la suspensión, se estuviera en presencia de la privación o exclusión de la titularidad, la delegación solo podría hacerla el (la) otro(a) titular (o los demás que ostenten esa condición en supuestos de multiparentalidad). Ello supone que —como regla— ambos(as) titulares deberán ser los(as) delegantes de la RP, aunque uno(a) de ellos(as) no ejerza la guarda y el cuidado. De modo que, cuando se trate de la guarda y el cuidado unilaterales, habrá que contar con el asentimiento del (de la) titular no guardador(a) para que funja, también, como delegante.

El escenario del Artículo 182 del CFS es diferente [GOR-O, (99), 2022, p. 2928]. Aquí se pretende delegar la RP en el padre o la madre afín, quien fungirá como delegado(a), de ahí que su actuar «resulta de carácter sustitutivo respecto del [...] delegante» (Bado, 2018, p. 26). En este supuesto, el (la) delegante propiamente dicho(a) es el

padre o la madre guardador(a), aunque la RP se ejerza por ambos. El(la) no guardador(a), sí interviene en la escritura, pero no como T-RP delegante. Se limitará a expresar su parecer, o sea, su asentimiento; además, deberá probarse que él o ella no puede desempeñar el ERP, y la guarda y el cuidado del hijo o de la hija, por resultarle imposible objetivamente. Si el padre o la madre no guardador(a) está en condiciones y reclama la guarda y el cuidado, será imposible la delegación voluntaria parcial del ERP en el padre o la madre afín.

La participación del padre o la madre no guardador(a), que también ostenta la titularidad y el ERP, pudiera ser prescindible, como se infiere del Artículo 183 d) del Código [GOR-O, (99), 2022, p. 2929], que supedita el parecer de aquel (aquella) que *resulte posible*. Así, v.gr., un padre o una madre no guardador(a) que carezca de vínculos afectivos con su hijo y cuyo paradero resulte desconocido, no tendría que intervenir en la escritura o en el proceso judicial que se incoe para delegar parcialmente el ERP en el padre o la madre afín, por resultar imposible su participación. La emigración del padre o de la madre no guardador(a), sin embargo, a juicio del autor, no es una razón suficiente para prescindir de su participación, pues el parecer del padre o de la madre no guardador(a), residente en el extranjero, pudiera instrumentarse por escritura pública notarial ante el cónsul cubano en el país en el que resida o ante notario(a). La residencia en el extranjero es, precisamente, el motivo justificante de la imposibilidad de asumir la guarda y el cuidado de su hijo o hija residente en Cuba, quien convive, además, con el padre o la madre afín, con el (la) cual hay un estrecho vínculo afectivo.

Si la delegación la hace un(a) T-RP que sea menor de edad, resultaría de aplicación a ese acuerdo delegatorio, respecto del (de la) delegante menor de edad, lo previsto en el Artículo 144.4 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2921], a saber:

El consentimiento de las personas menores de edad que son a la vez titulares de la responsabilidad parental debe integrarse con el asentimiento de cualesquiera de sus respectivas madres o padres, si se trata de actos con consecuencias relevantes para la vida de la hija o [d]el hijo [...].

Aunque el precepto no incluye la peculiar figura de la D-ERP, por tratarse de una decisión de tanto calado y trascendencia, amerita

gozar de tal consideración, con la particularidad de que, si los(as) delegados(as) son el abuelo y la abuela del niño o de la niña, entrarían en una oposición de intereses con este(a), en tanto tendrían que asentir como padres o madres de una persona menor de edad que, a su vez, ejerce la titularidad de la RP sobre su hija o hijo y pretende delegar parte del ejercicio, y como delegados(as), motivo que justificaría la intervención del (de la) defensor(a) familiar, al amparo del Artículo 452 [GOR-O, (99), 2022, pp. 2973-2974], a los fines de asentir la decisión que pretende tomar la persona menor de edad, en su condición de madre o padre, respecto a la DP-ERP, o no.

— *¿Qué requisitos de forma se exigen a tal fin y por qué vías se puede dar corporeidad al acuerdo o pacto?*

El acuerdo o pacto delegatorio, en principio, se debe instrumentar por escritura pública notarial, a tono con el Artículo 13 a) de la Ley de las notarías estatales [MINJUS, 2023, s.p.], pues se trata de un acuerdo o pacto del cual se derivan indudables efectos jurídicos. Los artículos 145.2 y 182.2 del CFS, antes mencionados, convergen en que la escritura pública notarial es una de las alternativas que se dispensa(n) para dar envoltura formal al concierto de voluntades entre el(los) delegante(s) y el(los) delegado(s). Esta será la primera alternativa que se utilice entre las personas pactantes, con la indudable eficacia que ello tiene como título de legitimación.

Así, si entre las facultades que se delegan en el ERP está la prevista en el Artículo 138 a) del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2918], o sea, la inherente a la representación, la copia de la escritura pública será un título de legitimación indubitado, acreditativo de la representación legal de los(as) delegados(as) con respecto al (a la) infante o adolescente, de manera que podrán tomar decisiones dentro de la órbita de lo pactado; cuando se pretenda arrendar un bien, por ejemplo, será insuficiente la representación, si no se delegaron facultades relativas a la administración de los bienes de sus hijos e hijas. En tales circunstancias, por mucha representación legal que tengan los(as) delegado(as) en el ámbito patrimonial, nada podrán hacer, pues los (las) delegantes se reservaron para sí el ERP en esta esfera concreta de actuación. Por eso tiene tanta importancia que, en la escritura pública, el (la) notario(a) asesore debidamente a quienes compare-

cen, para dejar esclarecidas las facultades que los(as) T-RP delegan y aquellas que se reservan.

Algo similar acontece en sede judicial, cuando el acuerdo o pacto de delegación se homologa ante el tribunal competente. Este órgano debe velar por que aquel sea lo sumamente explícito en ese orden para evitar ambigüedades, oscuridades, antinomias o lagunas. El procedimiento, según el Artículo 609.1 a) del CPR [GOR-O, (138), 2021, p. 4062], se encauzaría por la jurisdicción voluntaria, al disponerse —con alcance genérico— que se tramitan por tal vía aquellos acuerdos extrajudiciales que, «sin estar empeñada ni promoverse cuestión entre partes, deban producir efectos jurídicos y de los cuales no se derive perjuicio a persona determinada», como lo es el acuerdo o pacto delegatario.

Esta previsión viene reforzada por el Artículo 145.2 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2921] que habilita el cauce de la jurisdicción voluntaria. La ley procesal (Artículo 24.2, p. 3981) fija la competencia por razón de la materia a los tribunales municipales, para que conozcan de los asuntos de jurisdicción voluntaria que se susciten por la aplicación de la legislación familiar. El auto que, en su momento, dicte el tribunal competente, en el que homologue el acuerdo o pacto propuesto por las partes, deberá cumplir con los requerimientos formales; una vez que la resolución se haga firme y el (la) secretario(a) judicial consigne en ella la nota de firmeza, bajo su fe pública, será también título de legitimación para la actuación del (o los) delegado(s) con respecto al (a la) infante o adolescente en relación con el cual tiene(n) el ejercicio parcial de la RP.

— *¿Qué requerimientos debería cumplir el dictamen del fiscal?*

Dada la incidencia que puede tener —aun siendo temporal— la DP-ERP en el desarrollo psicológico de un(a) infante o adolescente, en su formación, aprendizaje, educación, y la posibilidad de que sobrevengan conflictos de lealtades, se hace necesaria la intervención del (de la) fiscal(a), quien actuará como un(a) contralor(a); tal intervención se traduce, en sede notarial, no en la presencia física del (de la) fiscal(a) en la escritura pública que dé corporeidad al acuerdo o pacto delegatorio, sino en un dictamen que deberá emitir a tal fin, con independencia de que sí podría estar presente, aunque no intervenga directamente, en la escucha del (de la) NNA, practicada por el equipo multidisciplinario.

En sede judicial, por su parte, el Artículo 613.1 del CPR [GOR-O, (138), 2021, p. 4062] habilita al (a la) fiscal(a) para intervenir en la audiencia que convoca el tribunal, en la que participa conjuntamente con quienes promueven el procedimiento de jurisdicción voluntaria; concluida esta diligencia, en la que sí hay intervención física del (de la) fiscal(a), se le confiere traslado de las actuaciones por 10 días para que emita un dictamen (Artículo 617, p. 4063).

De tratarse de un acuerdo o pacto de DP-ERP, ya se instrumente en sede notarial, ya se homologue en la vía judicial, conviene que en el dictamen se refieran y valoren los siguientes particulares:

- a) La necesaria y preceptiva escucha de la persona menor de edad, si su autonomía progresiva conforme con la evolución de sus facultades intelectuales, así lo aconseja.
- b) La temporalidad, que puede ser menor de un año, pero nunca mayor de ese plazo.
- c) La intensidad del vínculo afectivo que existe entre la persona menor de edad y la delegada (quien asumiría el ejercicio parcial de la RP).
- d) La necesidad de que los(as) delegantes del ERP se reserven parte de este y de que quede claro qué facultades se reservan y qué se pretende pactar con respecto a las facultades de representación legal.
- e) La existencia de razones suficientemente justificadas, extraordinarias, excepcionales, que habilitan tal delegación, hurgando en el material probatorio a tal fin.
- f) La existencia de condiciones idóneas por parte de la(as) persona(s) delegada(s) para asumir, como corresponde, el ejercicio parcial de la RP en cuanto a un(a) infante o adolescente.
- g) Cómo la DP-ERP redundaría en el mejor interés del (de la) NNA.
- h) La necesidad de que quede explícitamente dispuesto cómo los(as) T-RP supervisarán la educación de la hija o el hijo durante ese período.
- i) En sede notarial, el particular de que en la escritura pública se incluyan, como parte del acuerdo delegatorio, cuáles serían las causas de extinción de la D-ERP, dado que estas no están previstas en el CFS, pero el (la) notario(a) las debe consignar en la escritura pública, conforme con los términos en que se ha concebido el pacto o acuerdo en comento.

El dictamen fiscal es vinculante para el (la) notario (a), quien ha de abstenerse de autorizar la escritura cuando este resulte negativo, aunque ambos(as) funcionarios(as) —fiscal(a) y notario(a)— tengan atribuido un control de autoridad pública. Explica Abboud Castillo (2018) que

los controles de autoridad pública consisten en verificar, en vía jurisdiccional, administrativa o notarial (según los ordenamientos legales franqueen estos espacios) la legalidad de los acuerdos adoptados entre madre y padre respecto del cuidado personal de sus hijos e hijas; es decir, ejercen una función garante para que, en los pactos, se respeten las normas imperativas del Derecho familiar, en cuyo eje central se ubica el interés superior de los hijos e hijas [sic.] menores de edad y/o discapacitados/as. (p. 109)

Dicho particular, a juicio del autor, es extensible, también y con tanta razón o más, al supuesto de los pactos de D-ERP. La profesora supracitada —quien hace un estudio agudo sobre el cuidado personal— advierte, asimismo, que

cuando el control de autoridad se ejerce en vía jurisdiccional, el acto que lo hace ostensible es la resolución judicial que se dicta. Esta puede homologar el acuerdo, denegarlo, reformarlo, o bien incorporar los pactos a que se hayan [sic.] arribado durante el proceso, a partir de la intervención conciliadora de la autoridad judicial. Como es de su naturaleza, las resoluciones judiciales son de obligatorio cumplimiento [y significa, además, que], si la sede para validar la eficacia de los acuerdos es la administrativa o notarial, de igual manera el funcionario/a público [sic.] que intervenga instrumentará los controles de legalidad que ha realizado a su cargo y estos títulos tendrán la fuerza que cada ordenamiento jurídico le [sic.] atribuya, pero de ordinario son títulos que prestan mérito ejecutivo. (Abboud Castillo, 2018, p. 109)

En esta materia de la DP-ERP, como se ha recalcado desde la jurisprudencia foránea (Auto No. 141, de 28 de noviembre de 2018, dictado por la Cámara de Familia de primera nominación, Córdoba, Argentina),

si bien la ley admite que los padres son los principales responsables sobre la vida de sus hijos y que, en ese contexto, se les debe reconocer autonomía para decidir sobre aspectos que hacen al cuidado y desarrollo de aquellos, también se observa que no siempre esta decisión es fundada, razonada y libre, y, por ende, la ley considera pertinente establecer un debido control judicial previo a la homologación del acuerdo celebrado. De este modo, se faculta a los jueces —a modo de control— a evaluar si la delegación del ejercicio está en consonancia con el mejor interés del hijo, indagando conforme a la normativa citada (art. 643) el motivo del apartamiento de los progenitores y la aptitud de la persona elegida para su cuidado. (s.p.)

En el caso cubano, el control se extiende, también, a la sede notarial, con la intervención preceptiva del (de la) fiscal(a). Si el dictamen de este(a) es negativo, el (la) notario(a) ha de abstenerse de autorizar la escritura y dejar expedita la sede judicial, en el criterio del autor, por la vía contenciosa, pues si el dictamen del (de la) fiscal(a) es negativo para que el (la) notario(a) pueda autorizar la escritura pública contentiva del acuerdo delegatorio, sería una utopía considerar que se promueva un procedimiento a tal fin por la vía de la jurisdicción voluntaria ante tribunal competente, a los fines de homologar el mismo acuerdo. El sentido común lleva a considerar que, o bien se hace imposible tal delegación, o se solventa en sede judicial por el cauce de la jurisdicción contenciosa, demandando a la fiscalía.

— *¿Puede renovarse la delegación realizada?*

La posibilidad de delegar el ERP, aunque sea parcialmente y por un año, es una excepción prevista en el CFS. Hay que leer y entender la delegación con ese lente. No obstante, también se prevé la posibilidad de renovar este acuerdo o pacto delegatorio, lo que ha de ser prudente. No hay un límite para las renovaciones, pero los principios que informan el Derecho familiar, reconocidos en el Artículo 3 del Código [GOR-O, (99), 2022, p. 2895], colman esta posible laguna: en primer orden, el de interés superior del (de la) NNA, pues en un inicio no sería lo más recomendable que el hijo o la hija viva separadamente de sus padres y madres por períodos muy prolongados, aunque tenga cerca otros referentes afectivos tan importantes como

los(as) abuelos(as). Si el ERP de forma voluntaria se delega intem-
poralmente supondría una renuncia, lo cual no prevé el legislador.

El Artículo 145.3 [GOR-O, (99), 2022, p. 2921] admite la renovación con las formas previstas en el apartado que le precede, o sea, que se realizaría, también, por el plazo de un año, constituiría un nuevo acuerdo delegatorio entre los mismos sujetos intervenientes en el anterior y se instrumentaría por escritura pública o se homologaría mediante el procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria. La renovación se concier-
ta entre los mismos sujetos delegantes y delegados(as); si cambia el (la) pariente(a) a favor del (de la) cual se delega el ERP, no se trataría de una renovación, sino de una nueva delegación. Cuando el período en que se recobra el ejercicio total de la RP (por los-as titulares de esta) es dilatado en el tiempo, no es dable catalogar como *renovación* al acuerdo que, una vez transcurrido ese lapso, pretenda delegar parcialmente el ERP en idénticos(as) delegados(as).

No obstante, en principio, en el orden técnico, la renovación no supone que los(as) delegados(as), transcurrido el plazo de un año, puedan seguir ejerciendo parcialmente la RP ni tampoco surte efectos retroactivos en tal sentido. Trascurrido el último día de ese año, cesa la legitimación para actuar los(as) delegados(as), quienes pierden tal condición y únicamente la recuperarán a partir del momento en que se instrumente el acuerdo de renovar la D-ERP, por la vía notarial, o de que se le homologue judicialmente (con la firmeza del auto que lo contiene). Para que proceda la renovación en ambos escenarios tienen que subsistir las causas que justificaron la primera delegación o sobrevenir nuevas razones que, igualmente, justifiquen la excepcionalidad prevista; sin ellas, la renovación es improcedente —artículos 145.3 y 182.2 del CFS, ya citados.

Ahora bien, ha de tenerse en consideración la necesidad de controlar el vencimiento del plazo fijado para la D-ERP, lo que debería ser competencia de la fiscalía o del (de la) defensor(a) de familia, o incluso, de notarios(as) y tribunales. De lo que no hay dudas es de que tal cuestión constituye un verdadero desafío en la aplicación del Código, ya que, de acuerdo con Tordi, Díaz y Neirotti (2017),

el sólo transcurso del tiempo no debe definir situaciones ni cons-
tituir estados que a la postre avalen la instalación de prácticas
viciosas. De allí que los operadores y las instituciones deberán

repensar formas de hacer efectivos esos controles mediante la utilización, por ejemplo, de sistemas informáticos que permitan avisar con antelación el vencimiento de esos plazos. Mientras tanto, y sin perjuicio de ello, resulta correcta la práctica forense de imponer en la resolución judicial que homologa el acuerdo que a la finalización del término legal deberá cesar *ipso iure* la delegación. (s.p.)

En sede notarial, la exigencia se solventaría por medio de las advertencias legales a los(as) otorgantes.

— *Causas de extinción*

Aunque el Código no establece las causas de extinción de la DP-ERP, teóricamente —y siguiendo a la doctrina científica argentina (Alesi, 2015, pp. 197-218)—, cabe citar: a) El vencimiento del plazo resolutorio, a saber, el año dispuesto por la ley; b) la muerte o declaración judicial de presunción de muerte del (de la) delegado(a); c) la renuncia del (de la) delegado(a) o de todos(as) los(as) instituidos(as) como tales a continuar con el ejercicio parcial de tal responsabilidad; d) el acuerdo o pacto extintivo entre quienes pactaron la DP-ERP; e) la superación del impedimento que obstaculizaba al padre o la madre, T-RP, el pleno ejercicio de esta, y f) por disposición judicial, cuando tal ejercicio haya devenido un conflicto entre los padres y las madres del (de la) infante o adolescente y el (la) delegado(a).

La doctrina argentina, que ha estudiado con más detenimiento el tema, expresa que

quien pretenda reasumir el ejercicio primigeniamente delegado a su pareja tendrá que alegar y probar la modificación de las circunstancias que oportunamente motivaron la delegación, o sea, deberá aportar los hechos y los medios probatorios de la finalización de su estadía en otra ciudad, o en su caso, la recuperación de la enfermedad o incapacidad transitoria que lo afectaba. [Por su parte, se defiende —con razón plena— que el padre o la madre no guardador(a)] también está legitimado[a] para promover en todo momento el cese de la delegación, invocando la superación de las circunstancias propias o las del [de la] delegante que dieron lugar a la transferencia del ejercicio de la responsabilidad parental. (Alesi, 2015, pp. 197-218)

Así acontecería, por ejemplo, si el (la) delegado(a) quiere poner fin, anticipadamente, a la delegación por una causa justificada, a la cual, no obstante, se oponen los (las) delegantes. Si, por el contrario, estos(as) no quieren reasumir el ejercicio pleno de la RP, entonces el *petitum* ante el tribunal tendría una connotación mayor, como la suspensión o privación de la RP (Galli Fiant, 2017, p. 77).

Dado que no hay normas en el Código que prevean tales causas, es recomendable que así se consigne en el acuerdo delegatorio, ya sea que se instrumente por escritura pública o que se homologue en sede judicial. En el primer caso, le corresponde al (la) notario(a) velar por que los (las) pactantes así lo prevean y, si no lo hacen, proponer la inclusión de una cláusula que contenga explícitamente dichas causales.

III. DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

En el plano notarial, conviene distinguir, teóricamente, la delegación voluntaria y parcial del ERP de otras figuras próximas, desde el punto de vista técnico, a los fines de precisar los puntos que las aproximan, pero también aquellos que las distancian.

— *De la autorización para viajar*

Los(as) T-RP son las personas que pueden habilitar o autorizar a sus hijos e hijas, durante su minoría de edad, a viajar al exterior. Se trata de una habilitación que les corresponde con motivo de la titularidad y el ERP. La autorización se limita a permitir que hijos e hijas viajen según lo que aquellos(as) dispongan en la escritura pública otorgada a tal fin, a saber: el país que va(n) a visitar, el tiempo que le(s) autorizan para permanecer en el extranjero y la persona con la que viajará(n), que puede ser, incluso, uno(a) de los(as) T-RP o ambos(as). Aunque todos(as) los(as) T-RP vayan a viajar con el hijo o la hija, las autoridades migratorias exigen que la autorización se instrumente ante notario(a), en tanto la copia de dicha escritura pública forma parte del expediente que se crea respecto de cada persona menor de edad que sale al exterior.

Se trata —tal como se explica— de un negocio autorizativo. De acuerdo con Rivero Hernández (2016), la autorización en el ámbito del Derecho privado supone la anuencia o el consentimiento a una actuación ajena

que afecta, de una manera u otra, la esfera jurídica de quien lo otorga, ya sea en razón de aprobar el acto ajeno realizado o el que antecede a dicha actividad. En el primer caso, se trataría de una aprobación o acto *ex post* y, en el segundo, de una autorización en sentido estricto, *ex ante* (pp. 347, 348 y 350). El propio autor, quien ha estudiado con detenimiento el tema, estima que la autorización referida consiste en

una declaración de voluntad de una persona por la que permite y legitima (hace adecuada a Derecho) la actuación fáctica o jurídica de otra, que en otro caso no le estaría permitida, con incidencia en la esfera jurídica de la segunda (a veces también de la primera). Se trata de una manifestación activa (declaración expresa o tácita) en ese sentido, no una mera actitud pasiva, de condescendencia benévolas y aséptica de los actos tolerados [...]. (pp. 347-348)

Este negocio autorizativo es habilitante, únicamente, para salir al exterior; a la vez, es un título de legitimación para terceros, ajenos a los(as) T-RP, o incluso, para uno(a) solo(a) de estos(a), cuando es el (la) que viaja con el (la) infante o el (la) adolescente. Es un título de legitimación en tanto acredita la autorización de los padres y las madres para que el hijo o la hija pueda viajar a un tercer país, pero en modo alguno supone la DP-ERP y, con ello, de facultades de representación. Para delegar tales facultades se hace necesario un acuerdo delegatorio, el que, como ya se ha anticipado, por regla general, no prosperaría, dado que se sustenta en la imposibilidad de los(as) T-RP para ejercerla temporalmente, por razones suficientemente justificadas, y ello no se condice con un viaje al exterior, a menos que este sea esencial por cuestiones que atañen a la salud o a la vida del (de la) propio(a) infante o adolescente, u otras de similar calado, nunca para que el (la) NNA se radique en el exterior, pues tal delegación no se adecuaría a la temporalidad que exige la norma.

— *Del ejercicio conjunto en supuestos de delegación a favor de padres y madres afines*

Cabe la posibilidad de compartir el ERP entre los padres y las madres, titulares de esta, y los padres y las madres afines, lo cual implica un grado superior al modelo ideal previsto en el Artículo 181 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2928] para el rol colaborativo que han de desempeñar estos(as) últimos(as). Se trata de una expresión de

la autonomía privada en materia de RP, concretada por medio de un acuerdo o pacto concertado entre ellos(as) y que exige, como única alternativa aparente posible para su eficacia, la homologación judicial por la vía de la jurisdicción voluntaria, con intervención fiscal, que ofrece todo tipo de seguridad jurídica. Se sostiene que ello es *aparente* porque si bien, a diferencia de la delegación voluntaria y parcial del ERP, para la cual está prevista la vía notarial, el legislador no ha regulado de manera expresa la intervención notarial en el ejercicio conjunto de tal responsabilidad, negar esta posibilidad no sería oportuno ni lógico.

Una interpretación correctora del Artículo 184.2 de la ley familiar [GOR-O, (99), 2022, p. 2929] llevaría a admitir esa opción como válida, siempre con la intervención de la fiscalía y la escucha del (de la) NNA, cuando proceda, conforme con la evolución de sus facultades intelectuales. Si el legislador ha habilitado la vía notarial para lo *más* (delegar el ERP en el padre o la madre afín), sería ilógico que no lo hiciera para lo *menos* (compartir el ERP con aquel o aquella), pues reduciría las alternativas a una sola: la de homologar, en sede judicial, el pacto o acuerdo —como expresamente se prevé en el Artículo 184.2, citado. El argumento *a fortiori a maiori ad minus* apoya esta conclusión. Cuando se comparte la RP, el padre o la madre del niño o de la niña mantiene el ejercicio y lo desarrolla con el padre o la madre afín, a la vez que «otorgando esta opción, el niño [sic.] estaría más protegido en razón de tener a la pareja de su progenitor [sic.] con un rol más protagónico en su vida, dándole sentido a lo que sucede en esas realidades familiares» (Notrica y Melon, 2015, pp. 171-183).

El legislador cubano, como pocos, dio luz verde a la sede notarial, como una vía alternativa, para encauzar una buena parte de los asuntos del Derecho familiar; ese es un principio que se destila de todo el texto del CFS. La cuestión en comento se trata de un gazapo u olvido que, en las últimas versiones del Código, casi a punto de su aprobación, incorporó la alternativa notarial para la DP-ERP —en esto también dista del legislador argentino que fue el principal referente en la redacción de las normas que cristalizan el estatuto jurídico de los padres y las madres afines—, sin tomar en cuenta que en el Artículo 184 [GOR-O, (99), 2022, p. 2929] se preveía el ejercicio conjunto, pacto que, en la versión existente hasta ese momento, al igual que el

derivado de la DP-ERP, solo era posible mediante la homologación en la vía judicial, por los trámites de la jurisdicción voluntaria. A la postre, en el entendimiento de las garantías que ofrece la actuación del (de la) notario(a): la seguridad jurídica a la par de la celeridad, se reformó el Artículo 145.2 (p. 2921) al cual remite el 182.2 (p. 2929), sin retocar el 184, que también lo necesitaba, en simetría con los anteriores y con mayor razón, incluso, que ellos. Pese a tal omisión, la posibilidad de recurrir a la vía notarial es lógica y válida al amparo de la ley familiar.

Se trata de una opción que estará precedida de determinadas circunstancias que es necesario probar, a saber:

- a) El no ERP por uno(a) de los padres o las madres del hijo o de la hija afín, ya sea por muerte, declaración judicial de presunción de muerte, suspensión del ejercicio de la titularidad de la RP o privación de ella, judicialmente dispuesta.
- b) La existencia de un vínculo afectivo significativo entre el padre o la madre y el hijo o la hija afines, o sea, un vínculo socioafectivo que sustente la relación entre unos(as) y otros(as).

Sin que se prueben ambos extremos, no es posible pactar el ejercicio conjunto de la RP. Aquí el padre o la madre afín deja a un lado la función colaboradora para convertirse en coejercitante de la RP. Se abandona la pluriparentalidad jerárquica para derivar en una situación de coparentalidad y, en consecuencia, una cotitularidad en el ERP, sin que el padre o la madre afín se convierta en cotitular de la RP. El ejercicio conjunto de la responsabilidad caduca o queda sin efectos de sobrevenir alguna de las causas previstas en la norma —Artículo 184.3 del CFS [GOR-O, (99), 2022, p. 2929]—, las que actúan cual evento resolutivo.

Así, el divorcio, la extinción de la unión de hecho afectiva y el restablecimiento del ERP de quien hasta ese momento lo tenía suspendido, llevan consigo la pérdida de los efectos del pacto o acuerdo por el que se estableció el régimen de coejercicio de la RP, sin que se prevea, entre tales causas extintivas, la libre voluntad del padre o la madre, T-RP, quien no podrá interesar el cese del ejercicio de esta por el padre o la madre afín, a su libre albedrío. El legislador llega a prever, incluso, en el Artículo 184.3 c) *in fine* que, si conforme con el principio del interés superior del (de la) NNA, lo mejor para este(a) fuera mantener

el ejercicio conjunto por la madre o el padre afín, ello se dispone aun disuelto el vínculo matrimonial o extinguida la unión de hecho afectiva.

Ergo, aunque la regla siempre será —cuando sobrevenga alguna de estas circunstancias—, el cese del ERP, esta dará paso a las excepciones previstas en la norma legal en atención al interés superior del (de la) NNA, lo que será dispuesto, bien en la escritura pública de divorcio por mutuo acuerdo o en la de los pactos extintivos de la unión de hecho afectiva, o bien en la resolución judicial que dicte el tribunal competente para disponer el divorcio o aprobar los pactos extintivos de la unión.

A modo de síntesis, cabe expresar que:

- Mientras la D-ERP siempre es parcial, el ejercicio conjunto de esta es total, o sea, la madre o el padre delegante comparte con el padre o la madre afín delegado(a) la totalidad de las facultades y funciones, los deberes y derechos que forman parte del contenido de la RP.
- En la D-ERP no es un presupuesto que el padre o la madre no guardador(a) esté suspendido(a) del ERP ni privado de ella, como tampoco fallecido(a) o presuntamente muerto(a); en cambio, para que el padre o la madre guardador(a) pueda acordar el ejercicio conjunto de la RP con el padre o la madre afín del (de la) infante o adolescente debe darse, al menos, uno de esos presupuestos.
- En tanto que la D-ERP es temporal, el ejercicio conjunto de esta no está supeditado a plazo alguno.
- El espectro de sujetos a favor de los cuales puede operar la D-ERP es más amplio, pues no solo favorece a los padres y las madres afines, sino también a los(as) abuelos(as), otros(as) parientes(a) y referentes afectivos del hijo o de la hija; mientras que, en el ejercicio conjunto, solo se beneficia a los padres y las madres afines.

IV. CONCLUSIONES

El nuevo Derecho familiar consagrado en el Código de las familias de 2022 se abre a diversas posibilidades de actuación. Esta disposición deja a un lado el carácter indelegable del ERP y, aunque por excepción, admite la delegación de una parte de dicho ejercicio, por determinado tiempo, mediante un acuerdo o pacto.

Tal solución constituye una muestra evidente de lo que se ha dado en llamar la *contractualización* del Derecho familiar, que no es sino la invasión de la autonomía privada en este sector del Derecho, expresada, concretamente, en la posibilidad de concertar pactos en materias tradicionalmente «duras e inaccesibles», cual las relativas a las relaciones parentales.

Con ello, se habilita el poder de decisión parental respecto al ejercicio de la responsabilidad en relación con los(as) hijos e hijas menores de edad, siempre que, en el título —notarial o judicial— que contenga el acuerdo o pacto delegatorio, se delimite con precisión qué facultades, deberes y derechos, entre los que forman parte del contenido del ERP, se delegan y cuáles se reservan al (a la, o los-as) titular(es) de esta.

Con esta regulación, el legislador brinda una posibilidad a la situación en la que pueden encontrarse los(as) T-RP cuando por causas extraordinarias y justificadas no pueden asumir temporalmente el ejercicio íntegro de aquella y, sobre todo, a la guarda y el cuidado del (la) infante o adolescente.

No obstante, este pacto siempre tendrá carácter temporal —incluida su renovación—, en tanto con ello se evita vaciar de contenido la titularidad de la RP, como resultaría si se delegara intemporalmente, a contrapelo del carácter personal de su ejercicio, en razón del interés superior de niños, niñas y adolescentes.

La delegación tiene lugar en dos escenarios: a favor de abuelos y abuelas u otros(as) parientes(as), o personas que constituyan referentes afectivos no parentales, o a favor de padres y madres afines. Ambos espacios deben cumplir determinados requerimientos que serán fiscalizados por quien ejerza el control de autoridad respectivo —el (la) notario(a) o el tribunal competente.

Tratándose de una decisión de tanta trascendencia para la vida de infantes y adolescentes, la escucha de estos(a), conforme con la evolución de sus facultades intelectuales y su autonomía progresiva, es preceptiva, amén del dictamen fiscal que sea emitido, en su momento. Tales presupuestos son requeridos para la autorización de la escritura pública que contenga el acuerdo o pacto delegatorio o para dictar el auto judicial que lo homologue.

V. REFERENCIAS

- Abboud Castillo, N. L. (2018). *El cuidado compartido. Una propuesta viable*. Olejnik.
- Alesi, M. B. (Mayo 20, 2015). Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada). En Herrera, M. y Kemelmajer de Carlucci, A. (Dtores.) *Suplemento especial nuevo Código civil y comercial de la nación. Familia: Filiación y responsabilidad parental. La Ley*, 197-218.
- Álvarez-Tabío Albo, A. M. (2023). La responsabilidad parental en el Código de las familias cubano. En Pérez Gallardo, L. B. y Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (Dtores.), y García Mayo, M. (Coord.). *Un nuevo Derecho para las familias (A propósito del Código de las familias cubano*, 447-480. Olejnik.
- Bado, C. A. (Diciembre, 2018). El rol del progenitor afín. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (11), 24-28.
- Burgués, M. (Noviembre, 2016). Responsabilidad parental, tutela y adopción en el Código civil y comercial. Aportes e implicancias en las medidas de protección excepcional. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (10), 3-32.
- Código civil y comercial de la nación*. (2014). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. www.jursoc.unlp.edu.ar
- Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 279. (Abril 17, 2023). *GOR-E*, (28), 159-161.
- Definición ABC. (2023). <https://www.definicionabc.com/negocios/delegar.php>
- Diccionario de la Real Academia española. (2023). <https://dle.rae.es/delegar>
- Diccionario panhispánico de dudas. (2023). <https://www.rae.es/dpd/delegar>
- Espejo Yaksic, N. y Delgado Ávila, D. (2022). La responsabilidad parental en el sistema jurídico mexicano. En Treviño Fernández, S. C. e Ibarra Olguín, A. M. *Curso de Derecho y familia*, 295-319. Tirant Lo Blanch.

- Ferrer-Riba, J. (2021). La responsabilidad parental en Europa. En Espejo Yaksic, N. (Ed.). *La responsabilidad parental en el Derecho. Una mirada comparada*, 113-153. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Fornasari, L. (Mayo, 2021). Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental: delegación del cuidado personal. *Revista de Derecho de Familia*, (99), 56-63.
- Galati, S. A. (Octubre, 2019). La responsabilidad del progenitor afín frente a terceros. *Revista de Derecho de Familia*, (V), 240-248.
- Galli Fiant, M. M. (Julio-septiembre, 2017). Responsabilidad parental: delegación y guarda. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, 13, 71-86.
- Imas, V. (Junio, 2021). Delegando en materia de responsabilidad parental: ¿de qué hablamos? *Revista de Derecho de Familia*, (III), 206-214.
- Juzgado de Familia de Primera Nominación, Córdoba, Argentina. (Octubre 7, 2015). Auto (944). *Diario Jurídico de Córdoba*, 13(3081), 1-4.
- Juzgado de Familia, Paso de los Libres Corrientes. (Diciembre 14, 2015). Sentencia firme sobre delegación del ejercicio de la responsabilidad parental de común acuerdo. Rubinzel Online. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/03/24.-JUZ-FAM-PASO-DE-LOS-LIBRES.-delegacion-responsabilidad-parental-obra-social.pdf>
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2021). La responsabilidad parental en la Argentina vista desde el bloque de constitucionalidad. En Espejo Yaksic, N. (Ed.). *La responsabilidad parental en el Derecho. Una mirada comparada*, 201-253. Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Ley No. 1289, «Código de familia». (Febrero 15, 1975). GOR-O, (6), 71-86.
- Ley No. 141, «Código de procesos». (Diciembre 7, 2021). GOR-O, (138), 3977-4069.

Ley No. 156, «Código de las familias». (Septiembre 27, 2022).

GOR-O, (99), 2893-2995.

Ministerio de Justicia. (2023). Ley No. 50, «De las notarías estatales» y su Reglamento actualizado. <https://www.minjus.gob.cu/sites/default/files/archivos/publicacion/2023-02/Ley%2050%20De%20las%20Notar%C3%ADas%20Estatales%20y%20%20su%20Reglamento%20%20actualizado.pdf>

Notrica, F. y Melon, P. E. (Noviembre, 2015). El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas. *Revista de Derecho de Familia*, (72), 171-183.

Poder Judicial de Neuquén, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, I Circunscripción Judicial, Sala Primera. (Junio 15, 2017). Sentencia interlocutoria (189). <http://juriscivil.jusneuquen.gov.ar/files/rep/1135.pdf>

Resolución No. 493, de 26 de septiembre de 2022, del ministro de Justicia. Procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo ante notario. (Septiembre 27, 2022). *GOR-E*, (58), 1115-1119.

Rivero Hernández, F. (Mayo-agosto, 2016). De nuevo sobre la autorización en Derecho privado. *Anuario de Derecho Civil* (t. LXIX, fascículo II), 345-405.

Tordi, N. A., Díaz, R. G. y Neirotti, C. E. (Mayo, 2017). Figuras derivadas de la responsabilidad parental: la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a un tercero. *Revista de Derecho de Familia*, (79), 175-191.

Velazco Mugarra, M. (Enero-junio, 2014). Distinción teórica del ejercicio y la titularidad de la patria potestad en interés del menor de edad. *Revista Cubana de Derecho*, (43), 27-51.

Videtta, C. A. (Noviembre 2015). La relación entre padres e hijos en el Código civil y comercial. Titularidad, ejercicio y cuidado personal: un modelo que consagra la democratización de las relaciones de familia. *Revista de Derecho de Familia*, (72), 95-107.

ENTORNO

**COMENTARIOS, DE INTERÉS GENERAL,
PARA LA CIENCIA JURÍDICA,
NACIONAL E INTERNACIONALMENTE**

TRASCENDENCIA JURÍDICO-SOCIAL DE LA VULNERACIÓN ALEGADA EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL

*SOCIAL-LEGAL SIGNIFICANCE OF THE ALLEGED
VIOLATION IN THE CONSTITUTIONAL AMPARO PROCESS*

■ DR. JORGE OLVER MONDELO TAMAYO

Profesor, Universidad de Oriente, Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-6357-0778>

jmondelo@uo.edu.cu

■ ESP. GUILLERMO MORA GALÁN

Juez profesional titular, Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba, Cuba

<https://orcid.org/0009-0001-0980-3921>

guillermo_sc@tsp.gob.cu

Resumen

El presente trabajo realiza un análisis crítico sobre la concepción de la trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada, como requisito de admisión que los tribunales han de valorar en el proceso de amparo de los derechos constitucionales, a tono con la ley procesal que los rige. Tal visión pretende aportar criterios que ayuden a justificar dicha trascendencia en los escritos promocionales y contribuir al debate teórico sobre el tema. Se evalúa, en contraste, la experiencia española en la regulación e implementación del amparo constitucional, y se advierten imprecisiones en la determinación de los criterios jurídicos para poner en práctica lo dispuesto en la norma nacional.

Palabras clave: Justicia constitucional; proceso de amparo; admisión de la demanda; Constitución cubana.

Abstract

This paper undertakes a critical analysis of the conception of the legal-social transcendence of the alleged violation, as a requirement for admission that the courts must assess in the process of protection of constitutional rights, in accordance with the procedural law that governs them. This view aims to provide criteria that help to justify this transcendence in the promotional pleadings and contribute to the theoretical debate on the subject. In contrast, the Spanish experience in the regulation and implementation of constitutional protection is evaluated, and imprecision is noted in the determination of the legal criteria for putting into practice the provisions of the national law.

Keywords: Constitutional justice; protection process; admission of the claim; Cuban Constitution.

Sumario

I. Introducción; II. El amparo cubano a partir de 2019; III. Valoraciones en contexto; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Poco más de tres años después de la promulgación de la Constitución (CRC) de 2019 [GOR-O, (5), pp. 69-116], se aprobó la Ley No. 153, «Del proceso de amparo de los derechos constitucionales» (LPADECO) [GOR-O, (74), 2022, pp. 2047-2054], como parte de una amplia reforma procesal. Ello permite valorar, de mejor manera, la letra del Artículo 99 constitucional [GOR-O, (5), 2019, p. 88], desde su desarrollo normativo y las experiencias de los tribunales en su aplicación. Este precepto llamó la atención de una parte importante de la academia nacional desde su aparición; a él se han dedicado varios artículos científicos y el lenguaje del garantismo ha permeado los discursos (Lledó, Benítez y Mendoza, 2020).

Son muchos los retos que plantea la nueva jurisdicción constitucional para el Sistema de Tribunales de Justicia (STJ). Uno de ellos se relaciona con el concepto de *trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada*, que incorpora la necesidad de argumentar varias

cuestiones establecidas en la ley, de cara al juicio de admisión. Sin embargo, dada su novedad y las imprecisiones conceptuales presentes en la norma, se hace necesario ganar en claridad sobre los criterios que servirán de guía al juez para apreciarla.

En los últimos cinco años, los estudios científicos desarrollados en el país en materia constitucional han centrado su atención en el mencionado Artículo 99 y, en menor medida, en el proceso de amparo (Hernández, 2019; Mondelo, 2020; Pérez, 2022; Prieto, 2022; Prieto Valdés, 2022 y Villabella, 2022). Como consecuencia, tal concepto ha sido muy poco desarrollado.

El presente artículo tiene el objetivo de valorar la regulación de la trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada en el trámite de admisión del proceso de amparo de los derechos constitucionales en Cuba, su desarrollo normativo y los diversos puntos de vista a adoptar en pos de su objetivación. Para llevarlo a cabo, se empleó una metodología cualitativa, en la que se combinaron los métodos generales de las ciencias (análisis-síntesis, inducción-deducción) con los propiamente jurídicos (exegético-jurídico, comparación jurídica).

II. EL AMPARO CUBANO A PARTIR DE 2019

Con la CRC [GOR-E, (5), 2019, pp. 69-116], que revitalizó el sistema de garantías de los derechos, se experimentó el reverdecer de la jurisdicción constitucional en Cuba. El texto supremo contempló la posibilidad de obtener la reparación de los daños o la indemnización de los perjuicios, ante los tribunales, frente a violaciones de los derechos restringidos en él, causadas por particulares o agentes estatales (Mondelo, 2020, p. 182). El Artículo 99, también, previó la restitución de los derechos lesionados [GOR-E, (5), 2019, p. 88].

Han pasado, justamente, cinco años desde su aprobación y ello motiva varias reflexiones, algunas en el plano formal de su concepción dentro de la lógica constitucional. Lo primero es que, a pesar de la entrada en vigor de esta disposición en abril de 2019, su implementación no ocurrió de forma inmediata, pues la reserva de ley explicada en el segundo párrafo del precepto, obligó a esperar por la normativa de desarrollo que haría viable el procedimiento, sobre

la base de los principios enunciados desde la propia CRC: carácter expedito, preferente y concentrado (Prieto Valdés, 2022, p. 88).

Existía en el país una experiencia previa: el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, creado al amparo de la ley suprema de 1940, que fue, en realidad, una sala del Tribunal Supremo, con las funciones encomendadas por la ley de leyes. Esa experiencia concluyó en 1973, a partir de la aprobación de la Ley No. 1250, de ese propio año, que dio vida al Sistema de Tribunales Populares (García, 2004, p. 283). Con la aprobación de ese Artículo 99, quedaba claro que en la estructura vigente del ST no era viable un complejo entramado de procesos como los que conocía aquella Sala.

La disposición transitoria decimosegunda de la CRC concedió el plazo de 18 meses, contados a partir de su entrada en vigor, para que la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) aprobara las normas que articularan el contenido del Artículo 99. El órgano legislativo estableció un cronograma que contemplaba un grupo de disposiciones importantes que desarrollarían diversos contenidos de la Carta Magna—fundamentalmente, leyes y decretos leyes. Por primera vez en mucho tiempo, se hizo pública una agenda legislativa del Estado cubano, en la cual se concibió la aprobación de una ley de reclamación de los derechos constitucionales ante los tribunales [GOR-O, (2), 2020, p. 16], nombre con el que, inicialmente, se conoció.

El plazo establecido no pudo cumplirse con toda la precisión esperada, pues, en poco tiempo, la pandemia de COVID obligó a reajustar las condiciones de vida habituales y, en consecuencia, repensar las prioridades en muchas esferas de la vida. La actividad legislativa también se vio afectada. Finalmente, el 15 de mayo de 2022 vio la luz la LPADECO [GOR-O, (74), 2022, pp. 2047-2054], que fortaleció la actividad judicial en el país, especialmente, en el ámbito de la justicia constitucional. En el período previo a la aprobación de la disposición, se realizaron consultas especializadas con diversos organismos del sector jurídico y las facultades donde se estudia la carrera de Derecho en el país.

La promulgación de la ley representó el mayor hito legislativo en relación con el Artículo 99. Antes, entre abril de 2019 y mayo de 2022, se produjeron dos grandes acontecimientos relacionados con él: El primero de ellos, dos meses después de la promulgación de la CRC, cuando el CG-TSP aprobó la Instrucción No. 245, para viabilizar la

garantía del Artículo 98 [GOR-E, (5), 2019, p. 87], relativo a la responsabilidad administrativa. Pese a no estar referido, directamente, a la materia constitucional, este instrumento tuvo una gran importancia, en la medida en que logró articular, en sede judicial, un grupo de procesos que hasta ese momento no tenían presencia en los tribunales. La mencionada disposición anunció la necesidad de regular la confiscación de bienes, de acuerdo con el Artículo 59 del texto supremo, a la que, a partir de este momento, se le otorgaba la posibilidad de acudir ante los tribunales de justicia.

El segundo suceso fue el nacimiento de la nueva Ley de los tribunales de justicia (LTJ), en la que, como parte de la estructura del STJ, se incorporó la Sala de Amparo de los Derechos Constitucionales (SADC), en la instancia provincial y el TSP [GOR-O, (138), pp. 3943 y 3949]. De ese modo, previo a la aprobación de la ley, se pudo presumir cuál sería el nombre del proceso y, a la vez, que sería solo el de amparo, el que se incorporaría para garantizar derechos; ello fue poniendo punto de cierre al debate existente, por entonces, acerca de la instrumentación del ya citado Artículo 99.

El otro punto llamativo en este último precepto es su segundo párrafo, en el que se alude a la determinación legal de los derechos que podrían quedar protegidos por esa garantía, lo que permitía que no fuera la totalidad de ellos, contrario al criterio que ha ganado terreno en el constitucionalismo moderno (Abad Yupanqui, 2008, pp. 14-16; Carnotta y Maraniello, 2008, p. 239; Abramovich y Courtis, 2002). En consecuencia, el Artículo 99 lanzaba una alerta acerca de la discrecionalidad que se daba al legislativo en cuanto a los derechos a incluir y la limitación que podría derivar de ello.

El enfoque que se presenta —trascendental para la comprensión del proceso de amparo y su eficacia— parte de entender, a riesgo de parecer reduccionista, que, a los efectos del proceso instituido por el Artículo 99, esta es la norma sustantiva de aplicación, en tanto la LPADECO es la adjetiva. Esta es una forma diferente de apreciar, desde el proceso, el carácter normativo de la CRC y la relación entre los derechos y sus garantías, en este caso, una garantía jurisdiccional específica. Hernández (2019, p. 197), refiriéndose a ella, señaló que el proceso de amparo constituye la llave de cierre del sistema de garantías de los derechos en Cuba. Ahí radica la clave por la que debe fomentarse su estudio y práctica jurídica consciente.

De todas las leyes aprobadas durante la reforma procesal cubana, la LPADECO es la más pequeña, con apenas 44 artículos. Sin embargo, previo a su aprobación, entró en vigor el Código de procesos, que es supletorio, en lo pertinente. Por tanto, basarse solo en la extensión de la ley, para referirse a sus posibles falencias, dista de ser suficiente argumento. Antes, se reafirma la concepción unitaria del derecho procesal patrio.

En correspondencia con lo dispuesto en la LTJ, se previó una sala en los tribunales provinciales populares (TPP), con competencia de primera instancia, y otra, en el TSP, a la que se encargó, fundamentalmente, la resolución de los recursos contra las decisiones de aquellos, aunque, también, puede conocer de algunos asuntos en primera instancia, en cuyo caso la impugnación correspondiente se soluciona por la Sala Especial del máximo órgano —Artículo 36, LTJ [GOR-O, (138), p. 3943]. La jurisdicción constitucional cubana, como se puede apreciar, es parte de la ordinaria, a la que se integra y debe su estructura y subordinación en el plano administrativo.

La justicia constitucional, si se prefiere, solo implica la garantía de los derechos. La LPADECO determinó, con meridiana claridad, cuáles son las materias excluibles del amparo. Entre ellas está la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y otras disposiciones normativas, cuya apreciación corresponde a la ANPP, aunque, a partir de las facultades que tiene el CG-TSP, de advertir una posible inconstitucionalidad, puede y debe promover tal cuestión ante el órgano legislativo y, si apreciara la necesidad de una reforma legislativa, también, podrá hacer uso de la iniciativa que, en tal sentido, le confiere la CRC.

Asimismo, se excluye el amparo contra las sentencias y otras resoluciones judiciales. En ese mismo orden, los autores son del criterio de que, en caso de ser afectados el debido proceso o el acceso a la justicia, debe quedar expedita la vía de la jurisdicción constitucional. En cualquier caso, el amparo cubano se pronuncia sobre las vulneraciones concretas de los derechos constitucionales, en las cuales existe un sujeto determinado. Esa peculiaridad trasciende al fallo, pues el pronunciamiento es para el caso concreto y con efectos para las partes.

Para despejar las dudas respecto a los derechos justiciables, la ley declara que son admisibles las demandas que se presenten por vulneración de cualquiera de los reconocidos constitucionalmente. De

ese modo, desecha cualquier posibilidad de jerarquizarlos o de discriminar unos a favor de otros. Al hacerlo, establece una fórmula novedosa para Cuba que permite que se presenten asuntos por vulneración de aquellos derechos que no tengan una vía de defensa propia en procesos judiciales de otra materia. Esta variante limita el amparo, pues gran parte de los que hoy se encuentran en la CRC están garantizados por otros tipos de procesos. A esta cuestión, se le añadió una excepción en el Artículo 5.2 de la LPADECO [GOR-O, (74), 2022, p. 2049]: la *trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada* —cuya valoración puede dar entrada a los asuntos, aun cuando tengan otra vía de defensa—; mientras que el apartado tres del propio precepto estableció los criterios para viabilizar esa circunstancia.

El amparo en Cuba no es una instancia más, después de haber realizado los procedimientos administrativos, o los procesos judiciales y los recursos establecidos en la ley ante el TSP; es un verdadero proceso para la tutela de los derechos constitucionales. Sin embargo, a la luz de lo expresado, se impone un par de interrogantes: ¿El Artículo 5.2 de la Ley No. 153 de 2022 supone un límite infranqueable para la admisión de los procesos de amparo?, ¿cómo presentarlos adecuadamente para lograr su ingreso al judicial? Estas cuestiones se abordarán a continuación.

El trámite de admisión es uno de los elementos más importantes en el estudio del proceso de amparo cubano. Son muchos los factores que pudieran incidir en su comportamiento, pero uno de los más trascendentales radica en la propia regulación de los artículos 5.2 y 5.3, que contienen importantes claves para orientar la labor de abogados, fiscales u otros promoventes.

En el apartado 2 del precepto, el legislador brinda protección a todos los derechos que no tengan *una vía de defensa propia en los procesos judiciales de otras materias*; con ello, se establece un primer límite al acceso a la justicia constitucional, pues tal previsión implica la realización de un ejercicio de decantación para distinguir los derechos que tienen esa posibilidad de aquellos que, por no tenerla, tendrán expedita la vía de la jurisdicción constitucional. Esta formulación es, *per se*, excluyente, pues deja fuera la mayor parte de los derechos constitucionales, ya que es muy difícil contar hoy con derechos que no tengan una vía de defensa en otros procesos judiciales.

Para corroborar lo anterior, piénsese, por ejemplo, en los derechos sobre bienes. El derecho de propiedad cuenta con varias vías que contribuyen a garantizarlo en el ámbito judicial —y, además, en el administrativo—, de modo que le estaría vedado el acceso a la jurisdicción constitucional. Por consiguiente, resulta casi imposible que sea admitido un asunto de este tipo mediante el proceso de amparo.

Existen, por otra parte, derechos que no tienen otra vía para su defensa ante los tribunales, espacio, prácticamente, reservado a los civiles y políticos, en tanto estos no cuenten con leyes de desarrollo. Puede acudirse, como ejemplo, a los derechos de queja y petición o los de reunión y manifestación. Basta con la regulación constitucional para que ellos puedan ser invocados ante los tribunales. No obstante, en cuanto a los primeramente mencionados, ha de tomarse en cuenta que, en diciembre de 2023, la ANPP aprobó la Ley del sistema de atención a quejas y peticiones —no publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, hasta el momento en que se redacta este artículo—, en la cual se establece el procedimiento para el ejercicio de esos derechos, lo que pudiera conllevar a repensar las garantías con que cuentan.

Independientemente de lo anterior, en el criterio de los autores, el amparo debe poder instarse respecto a todos los derechos, incluso aquellos que tengan otra vía de defensa en sede judicial. Para ello, se debe realizar un ejercicio de dimensionamiento del derecho que permita determinar su contenido esencial y otros que puedan ser susceptibles de protección por parte de los tribunales (Vâazquez, 2015, s.p.). Un contenido del derecho pudiera estar protegido efectivamente, ello requiere de una metodología para el estudio de los derechos humanos que contribuya a una mejor interpretación del régimen jurídico de esta materia en el país y de los instrumentos internacionales.

Los derechos que tienen vía para su defensa también pueden reclamarse ante los tribunales con carácter preferente y expedito, siempre que se pueda acreditar la trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada, como, también, se precisa en el Artículo 5.2 de la LPADECO, antes citado. Esto permite que ingresen a los órganos judiciales aquellos derechos que se vean imposibilitados por la primera parte del enunciado, aunque, por la redacción, pareciera que se configura como un

límite, como un requisito que cualifica la admisión de los procesos de amparo, y que se intenta desentrañar en este trabajo.

Este tipo de fórmulas suele utilizarse por varias razones: 1. Para evitar la presentación indiscriminada de procesos ante las salas de amparo y, de ese modo, prevenir la sobrecarga de trabajo del juzgador y la demora en la solución de los asuntos; 2. Para impedir que dicha jurisdicción se convierta en una instancia más, luego de haber vencido el correspondiente proceso ordinario. Suele pasar que, aunque el amparo sea un proceso, se le utilice como un recurso, lo que es desacertado y requiere de reglas que ordenen su presentación (Arroyo Jiménez, 2016, s.p.).

En una interpretación auténtica contextual, la propia ley intenta definir los criterios para apreciar la trascendencia jurídico-social, cuando, en el Artículo 5.3, convida a tener en cuenta, a ese efecto, la significación jurídico-social de la vulneración alegada, la irreparabilidad del daño o los perjuicios en caso de dilatarse la tutela, la situación de vulnerabilidad de la persona agraviada y otras circunstancias de similar naturaleza.

III. VALORACIONES EN CONTEXTO

La fórmula cubana recuerda, inevitablemente, la regulación de la especial trascendencia constitucional del Derecho español, aunque hay diferencias notables entre un caso y el otro. El amparo hispano se ha convertido en una instancia más, tras vencer la vía ordinaria, pues uno de los requisitos para su presentación es el de haber invocado la posible afectación de un derecho constitucional en el proceso ordinario. Por otra parte, los pronunciamientos de las sentencias se convierten en doctrina a seguir —tienen efectos *erga omnes*—, pues el Tribunal Constitucional es el intérprete último de la Carta Magna.

En Cuba, en cambio, no es necesario haber invocado el derecho constitucional en un proceso previo, pues resultaría inadmitido, según la redacción del Artículo 5.2 de la LPADECO, multicitado. Por otro lado, las sentencias solo tienen efectos *inter partes*, pues la interpretación de la ley fundamental, con alcance general y obligatorio, está recomendada a la ANPP —Artículo 108 b) de la CRC [GOR-E, (5), 2019, p. 89].

De vuelta a la experiencia española, se aprecia que la Ley orgánica No. 6 de 2007 [BOE, (125), pp. 22541-22547] introdujo cambios en la presentación de los procesos de amparo, debido al alto número de asuntos que se recibían cada año. Así, se invirtió el juicio de admisibilidad, ya que el promovente debe argumentar la *especial trascendencia constitucional* de su caso. Esto favorece la discrecionalidad del órgano juzgador, quien la aprecia o no, a partir de los elementos que ofrezca la parte actora. Este es un requisito insubsanable, por lo que, de no cumplirse adecuadamente, da lugar a la inadmisión (Cabañas, 2010, pp. 53-55).

Al respecto, en la Sentencia No. 128 de 2014, el Tribunal Constitucional de marras razonó que,

[...] por lo mismo, tampoco satisface este requisito la demanda que pretende cumplimentar la carga justificativa con una «simple o abstracta mención» de la especial trascendencia constitucional, «huérfana de la más mínima argumentación», que no permita advertir «por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales que se aleguen en la demanda». En otras palabras, por situarse en planos diferentes el razonamiento sobre la existencia de la lesión del derecho fundamental y la argumentación relativa a la trascendencia constitucional del recurso de amparo tendente a su restablecimiento y preservación, uno y otra son necesarios, de modo que la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo. [BOE, (199), 2014, p. 19]

Ahí está el primer elemento a tener en cuenta en los escritos promocionales. Se debe demostrar la afectación al derecho constitucional que viene invocándose a partir de los fundamentos de hecho sobre los cuales se sustenta la demanda y demostrar la presencia de la trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada, considerando los criterios que ofrece el Artículo 5.3 de la LPADECO. Cabe preguntarse, entonces, si estos son suficientes.

El primero al que se hace referencia es la *significación jurídico-social de la vulneración alegada*, lo cual pudiera parecer redundante; sin embargo, la expresión tiene una connotación diferente. Ella alude a la repercusión social de la lesión sobre la que versa el proceso, contextualizada, o sea, tiene que ver con el nivel de conmoción que ha provocado en una comunidad, el estado de opinión que ha generado a nivel social, lo que ha significado para el caso concreto a resolver y más allá de él.

Otro de los aspectos sugestivos de la trascendencia jurídico-social puede ser la irreparabilidad del daño, en caso de dilatarse la respuesta del órgano judicial. Para ello, deben narrarse con precisión los hechos y las lesiones concretas causadas por ellos; las condiciones objetivas, materiales, verificables en la realidad que, de prolongarse, harían imposible la reparación. Por otra parte, en relación con las circunstancias específicas que ubican al sujeto en situación de vulnerabilidad, se debe explicar en qué consiste esta.

Prima facie, los presupuestos establecidos en la ley para la determinación de la trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada son escasos y poco precisos. El examen del caso español muestra un esfuerzo del Tribunal Constitucional por objetivar el juicio de admisibilidad. Como parte de la sistematización realizada, durante varios años, se ha identificado la necesidad del amparo cuando:

- No exista una doctrina previa del tribunal sobre el tema específico en cuestión. En otras palabras, cuando sea necesario sentar una nueva doctrina.
- El tribunal, tras una profunda reflexión interna, sobre la base de nuevas realidades sociales o cambios normativos, considere necesario modificar o aclarar su doctrina, incluidos los cambios en la interpretación de los tratados internacionales por parte de los organismos competentes.
- La vulneración del derecho fundamental provenga de una ley o una norma de carácter general.
- El tribunal considere que una interpretación jurisprudencial reiterada de la ley resulta lesiva del derecho fundamental, y deba proclamar una interpretación conforme a la Constitución.

- La doctrina del tribunal sobre el derecho fundamental esté siendo incumplida de forma general y reiterada por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias en su interpretación o aplicación.
- Un órgano judicial se niegue manifiestamente a acatar la doctrina constitucional.
- El caso, aunque no se ajuste a los supuestos anteriores, tenga una repercusión social, económica o política relevante y general, planteando una cuestión jurídica trascendente. (TCE, 2018, pp. 11-12; López Navío, 2022, pp. 4-23)

Otro ejemplo que pudiera ser ilustrativo es el de República Dominicana, pues en la tutela, de estar motivada en la violación de derechos, se requiere cumplir con los requisitos establecidos en la ley y demostrar la especial relevancia y trascendencia constitucional, según estableció la Ley No. 137 de 2011, «Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales» [GO, (10622), pp. 5-33]. De acuerdo con Rodríguez (2023), en la Sentencia 12/2012, ese órgano judicial definió los criterios siguientes:

1) que contemplen conflictos sobre derechos fundamentales respecto a los cuales el Tribunal Constitucional no haya establecido criterios que permitan su esclarecimiento; 2) que propicien, por cambios sociales o normativos que incidan en el contenido de un derecho fundamental, modificaciones de principios anteriormente determinados; 3) que permitan al Tribunal Constitucional reorientar o redefinir interpretaciones jurisprudenciales de la ley u otras normas legales que vulneren derechos fundamentales; 4) que introduzcan respecto a estos últimos un problema jurídico de trascendencia social, política o económica cuya solución favorezca en el mantenimiento de la supremacía constitucional. (s.p.)

Con la alusión a estos criterios, no se aboga por su asunción acrítica por parte de la doctrina y la práctica cubanas, sino por su utilización como un referente, dada la importancia de contar con parámetros claros que orienten la interpretación. Una lectura a los aspectos anteriores demuestra que no todos ellos son aplicables en el contexto nacional por múltiples razones. Quizás los que mayor claridad ofre-

cen son los dos primeros, relativos a sentar una nueva doctrina y modificar la existente.

En la nación antillana, la jurisprudencia no es fuente de Derecho, aunque se han realizado valiosos estudios sobre su evolución y la necesidad de instrumentarla (Bruzón, 2021, pp. 111-143). Por tanto, han de encontrarse fórmulas propias que permitan hacer un uso racional de los criterios contenidos en las sentencias de amparo del TSP, en aras de perfeccionar la práctica jurídica en el país.

De otro lado, el Artículo 148 de la CRC [GOR-E, (5), 2019, p. 101] establece que el TSP, sobre la base de la experiencia de los tribunales, «imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley». Las instrucciones pueden ser una poderosa herramienta para armonizar la práctica del amparo, por la trascendencia de los asuntos que se presentan ante esta jurisdicción. En otras palabras, ellas pudieran constituir la vía para articular la doctrina contenida en las sentencias, en varios sentidos: ya sea estableciendo los criterios para apreciar la trascendencia jurídico-social de las vulneraciones y precisar los derechos que no tienen otro proceso para su defensa y, por tanto, pueden presentarse directamente en la jurisdicción de amparo; o decantando, a partir de las tendencias de la práctica judicial, las razones por las que algunos derechos no deben presentarse ante las salas de amparo.

Llegado este punto, corresponde hacer una última reflexión: Debido a la alta discrecionalidad que se concede al órgano juzgador para determinar si conocerá del asunto con preferencia a otra jurisdicción, el amparo podría desplazar a otros procesos de su tramitación tradicional. Aunque tal circunstancia es hipotética y parte de un eventual protagonismo de tal proceso, refuerza la necesidad de definir con claridad los criterios para su procedencia.

V. CONCLUSIONES

La jurisdicción constitucional en Cuba solo contempla un proceso para la garantía de los derechos: el amparo, del cual conocen los TPP y el TSP (Sala de Amparo de los Derechos Constitucionales).

El amparo procede cuando los derechos vulnerados no tengan una vía de defensa propia en procesos judiciales de otra materia —primer límite de acceso a la justicia constitucional— o cuando, teniéndola, se justifique la necesidad de urgencia de la tutela, en atención a la trascendencia jurídico-social de la vulneración alegada —segunda limitación—, concepto que está asociado a determinados criterios definidos en la ley, tales como la significación jurídico-social de la vulneración, la irreparabilidad del daño o los perjuicios en caso de dilatarse la protección, la situación de vulnerabilidad de la persona agraviada y otras circunstancias de similar naturaleza.

Tales pautas son insuficientes y algo imprecisas para alcanzar su cometido. Fórmulas como esas han sido utilizadas por otros ordenamientos, como los de España y República Dominicana. En ambos, el legislador estableció criterios para la apreciación de la trascendencia constitucional, pero el rol principal lo desempeña la jurisprudencia, a partir de las tendencias prácticas.

En el caso cubano, dado el no reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de Derecho, la concreción de ese anhelo pudiera alcanzarse por la vía de una instrucción del CG-TSP que oriente acerca de los criterios a tomar en cuenta para la admisión del amparo.

La demanda que se interponga en estos procesos debe demostrar la vulneración del derecho que se alega, pero, también, ha de fundamentar la inexistencia de otro medio de defensa o la trascendencia jurídico-social que acompaña al asunto y justificar el amparo reclamado. Ambas cuestiones deben ser ampliamente desarrolladas en los escritos promocionales, so pena de conllevar a la inadmisión del proceso.

VI. REFERENCIAS

- Abad Yupanqui, S. B. (Marzo, 2008). Los derechos tutelados por el amparo. El debate respecto a su contenido constitucionalmente protegido. *Revista Institucional*, (8), 13-23. https://www.academia.edu/download/33648877/Articulos_y_Essays_en_torno_a_la_REFORMA_DEL

SISTEMA PROCESAL PENAL y Apuntes sobre la JUSTICIA CONSTITUCIONAL.pdf#page=13

Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.

Acuerdo IX-49, Asamblea Nacional del Poder Popular (aprueba el cronograma legislativo 2019-2023). (Enero 13, 2020). *GOR-O*, (2), 13-35.

Arroyo Jiménez, L. (Junio 6, 2016). El recurso de amparo y la «especial trascendencia constitucional» (I). *Almacén de Derecho* [blog jurídico]. <https://almacenedederecho.org/recurso-amparo-la-especial-trascendencia-constitucional-i>

Bruzón Viltres, C. J. (2021). Breve revisión histórica sobre la evolución de la jurisprudencia en las fuentes del derecho cubano. *Revista de Historia del Derecho*, (61), 111-143. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842021000100111&lng=es&tlang=es

Cabañas García, J. C. (2010). El Recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (88), 39-81. <https://www.jstor.org/stable/24886004>

Carnota, W. F. y Maraniello, P. A. (2008). *Derecho constitucional*. La Ley.

García Belaúnde, D. (Enero-abril, 2004). El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37(109), 283-312. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000100010

Hernández Rodríguez, R. (2019). El amparo constitucional. Herramienta catalizadora de la función judicial en la nueva Constitución cubana. *Cadernos de Dereito Actual*, (12), 194-226. <https://cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/433>

Ley No. 137, «Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales». (Junio 15, 2011). *Gaceta Oficial*, (10622), 5-33. <https://ojd.org.do/wp-content/>

<uploads/2020/11/Ley-Orga%CC%81nica-del-Tribunal-Constitucional-y-de-los-procedimientos-constitucionales-nu%CC%81m.-137-11.pdf>

Ley No. 153, «Del proceso de amparo de los derechos constitucionales». (Julio 15, 2022). *GOR-O*, (74), 2047-2054.

Ley orgánica No. 6, modificativa de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. (Mayo 25, 2007). *Boletín Oficial del Estado*, (125), 22541-22547. www.boe.es

López Navío, A. (2022). Comentario de jurisprudencia de los casos de especial trascendencia constitucional. *Revista Estudios Jurídicos*, (22), 1-26. <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7514>

Lledó Yagüé, F., Benítez Ortúzar, I. F. y Mendoza Díaz, J. (2020). *Garantía de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*. Dykinson-ONBC.

Mondelo Tamayo, J. O. (2020). Jurisdicción constitucional y derechos humanos en Cuba: Un análisis crítico a propósito de la reforma constitucional de 2019. *Anuario de Derechos Humanos*, 16(2), 177-187. <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/57265/64423>

Pérez Martínez, Y. (Enero-junio, 2022). La tutela judicial de los derechos consagrados en la Constitución de la República de Cuba. *Revista Cubana de Derecho*, 2(1), 95-133. <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/111/183>

Prieto Valdés, M. (Enero-junio, 2022). Algunas consideraciones sobre el Artículo 99 constitucional y el proceso garantista de los derechos. *Revista Cubana de Derecho*, 2(1), 42-55. <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/109/181>

Prieto Valdés, A. L. (Julio-diciembre, 2022). Novedad en Cuba: proceso especial para la defensa de los derechos constitucionales. *Revista Cubana de Derecho*, 2(2), 82-102. <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/144/214>

Rodríguez Gómez, C. (2023). *La relevancia o trascendencia constitucional*. <https://www.diariolibre.com/opinion/>

[en-directo/2023/06/06/la-relevancia-o-trascendencia-constitucional/2337671](#)

S-TCE 128/2014. (Agosto 16, 2014). *Boletín Oficial del Estado*, (199), 11-23. www.boe.es

Tribunal Constitucional Español. (2018). *26 cuestiones básicas sobre el recurso de amparo constitucional*. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/paginas/04-recurso-de-amparo.aspx>

Vâazquez, D. (2015). *Entre el pesimismo y la esperanza: los derechos humanos en América Latina: metodología para su estudio y medición*. FLACSO México.

Villabella Armengol, C. M. (Enero-junio, 2022). El derecho procesal constitucional cubano en la nueva época. Luces y sombras. *Revista Cubana de Derecho*, (57), 56-94. <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/110/182>

EL DERECHO DEL TRABAJO DEL SIGLO XXI: ¿DIFERENTE?¹

LABOUR LAW IN THE 21ST CENTURY: DIFFERENT?

M.Sc. GUILLERMO FERRIOL MOLINA

■ Presidente, Sociedad Cubana de Derecho de Trabajo y Seguridad Social, Unión Nacional de Juristas, Cuba²

<https://orcid.org/0000-0002-1734-2053>

ferriol_2005@yahoo.es

Resumen

A partir de una breve caracterización del escenario que fundamentó el surgimiento del Derecho del trabajo, como rama jurídica autónoma, y su actual configuración, se realizan propuestas de fundamentos jurídicos para adecuarlo a los variados escenarios de trabajo y asegurar que la disciplina pueda seguir cumpliendo el fin tutelar que la inspira, con una referencia especial a la significación de la garantía del acceso a la justicia que ha de acompañar a todas las modalidades laborales.

¹ El presente trabajo se origina en el marco del proyecto de investigación «La efectiva tutela judicial de los derechos del trabajo: necesidad para el perfeccionamiento del modelo de desarrollo socialista», asociado al programa sectorial de ciencia e innovación del Tribunal Supremo Popular, «Perfeccionamiento de la justicia judicial para contribuir al desarrollo de la sociedad cubana del siglo xxI».

² El autor es, además, miembro de número de las asociaciones iberoamericanas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (AI-DTSS), y de Juristas de DTSS; secretario general de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas; profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, la Universidad San Carlos de Guatemala (Maestría de DTSS) y la AI-DTSS (Maestría Centroamericana de DTSS); integrante de la Red Latinoamericana de Análisis sobre trabajo y sindicalismo RELATS, la Red Cielo Laboral, el Consejo Editorial de la revista *Academia y Derecho* (Colombia), los consejos técnicos asesores del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Central de Trabajadores de Cuba, y el Consejo Científico de la revista *Justicia y Derecho* (Cuba).

Palabras clave: Derecho del trabajo; nuevos escenarios; solución de conflictos.

Abstract

Based on a brief characterization of the scenario that led to the emergence of labour law, as an autonomous branch of law, and its current configuration, proposals are made for legal foundations to adapt it to the various work scenarios and to ensure that the discipline can continue to fulfil the protective purpose that inspires it, with special reference to the significance of the guarantee of access to justice that must accompany all forms of work.

Keywords: Labor law; new scenarios; conflict resolution.

Sumario

I. Introducción; II. El Derecho del trabajo. Caracterización originaria; III. Escenarios actuales; IV. Adecuación a la diversidad contextual; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo y la disciplina jurídica que lo regula, el Derecho del trabajo (DT), adquieren en los tiempos actuales nuevas características, y modos de organización y regulación, en comparación con los postulados que determinaron su origen, desarrollo y ordenamiento jurídico hace más de 200 años.

En sus orígenes y hasta bien avanzado el siglo xx, existió una relativa homogeneidad en los modos de organización y desarrollo del trabajo; este es un período importante en la adopción de disposiciones normativas, en el orden internacional, al igual que en cada nación, para el establecimiento y desarrollo de las instituciones, subinstituciones, categorías y principios que han fundamentado la disciplina jurídica examinada.

Desde fines de los años ochenta del referido siglo, producto de la aplicación de políticas públicas diversas, el desarrollo de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), y el surgi-

miento de otras formas de organización del trabajo —sin desechar las tradicionales— se han desarrollado novedosas maneras de laborar que han determinado, en unos supuestos, la necesidad de rehacer la legislación laboral; en otros, su posible desaparición; y, en los más tradicionales, la conservación de sus principios fundacionales, pese a que su concepción original resulta excluyente para una importante cantidad de personas que trabajan, de acuerdo con los nuevos escenarios.

Ante esta realidad, ha de pensarse si el DT que se necesita en el siglo xxi debe ser igual al conocido, ejercido y aplicado en los más de 200 años que acumula desde su surgimiento o si, por el contrario, debe distinguirse de él. En correspondencia con ello surge, también, el interrogante de si, en los nuevos contextos, todas las personas que trabajan en modalidades diferentes de las clásicas tienen reconocidos sus derechos laborales —entre ellos, acceso a un empleo digno, seguridad y salud en el trabajo, protección de la seguridad social, debido acceso a la justicia—, o no. Tales inquietudes motivan los comentarios que suceden, cuyo propósito esencial es fundamentar cómo se ha de entender al DT en la contemporaneidad, a partir de sus determinantes económico-sociales.

II. EL DERECHO DEL TRABAJO: CARACTERIZACIÓN ORIGINARIA

En su etapa originaria, el DT tuvo como características distintivas que:

- Se propuso regular formas de organización del trabajo que permitían la agrupación de los trabajadores, pues estos, generalmente, desarrollaban tareas repetitivas, en un mismo lugar, bajo iguales techo y dirección.
- Correspondientemente, se produjo la fundación de federaciones y centrales obreras como modo de articulación para la defensa de los derechos de los trabajadores, frente a las disposiciones de los empleadores.
- El principio protector constituyó una fuente importante —si no la principal— de las regulaciones en materia laboral.

- Vieron la luz variadas normas internacionales y nacionales, en materia de trabajo y seguridad social, destinadas a regular el mejor desarrollo de los procesos de trabajo y de protección social.
- Se adoptaron medidas sobre salario mínimo, jornada de trabajo de ocho horas, prestaciones sociales, seguridad social, derechos de asociación, negociación, huelga y solución de conflictos.
- La intervención del Estado en la economía y en el establecimiento de las relaciones laborales dio vida al *garantismo laboral*.

Como expresara Villasmil Prieto (2015), al referirse a esta etapa, tal ámbito de lo jurídico:

- a) Fue, desde siempre, *un derecho preponderantemente heterónomo y garantista*.
- b) [...] se concibió, desde el principio, *como un derecho expansivo* que, por ende, cubriría progresivamente todo el espectro del trabajo prestado por cuenta ajena.
- c) [...] se *constitucionalizó en las primeras décadas del siglo pasado*, con la Constitución de Querétaro de 1917, *momentum* que en la historia de las ideas constitucionales se conoció como «el tiempo del constitucionalismo social», iniciado al fin de la Primera Guerra Mundial.
- d) [...] se *levantó, por una parte, sobre el paradigma de la subordinación*, asumido como criterio identificativo de la relación de trabajo —y al mismo tiempo delimitador con otras relaciones que supusieran la prestación de alguna modalidad de servicio—, y *por la otra, sobre la noción de orden público indisponible*, lo que justificó que, en general, fueran imperativas sus normas.
- e) *Reglamentista, con tendencia a la regulación en detalle*, lo que apartó tradicionalmente el modelo de códigos o leyes marco del trabajo.
- f) [...] *recibió una clara influencia de la legislación internacional del trabajo*, a partir de la creación de la OIT y del inicio del proceso de codificación.
- g) *Fue un derecho de algún modo mimético*, si se le mira en una perspectiva regional, lo que explica que las ma-

terias de regulación y las orientaciones generales de la legislación fueran, al menos inicialmente, coincidentes.

h) *Fue un derecho unitario*, entendiendo por ello que la legislación latinoamericana del trabajo significó, tradicionalmente, un estatuto general del trabajo subordinado y por cuenta ajena. De tal modo, no fue un derecho modular o por pisos que diferenciara los regímenes laborales por sectores de actividad o por categorías de trabajadores, sin desconocer que fue de tradición, igualmente, la regulación de regímenes especiales del trabajo, que, no obstante, aparecían incluidos de ordinario en los códigos o leyes generales del trabajo.

i) [...] *comenzó por la regulación de la jornada y de los accidentes de trabajo*, legislación que se basó generalmente en la teoría del riesgo profesional.

j) Fue, desde sus prolegómenos, *un derecho intervencionista en un sentido dual*: de índole protectora a propósito de las relaciones individuales; pero *controlador* respecto del ejercicio de los derechos colectivos. (pp. 206-207)

Los mencionados rasgos se mantienen en el desarrollo ulterior de la disciplina. Sin embargo, hacia fines de los años ochenta del siglo xx surgieron nuevos modos de organización del trabajo, se estructuraron políticas públicas diferentes y aconteció, como hoy, un rápido desarrollo de las TIC. Como resultado de esas transformaciones, aquella organización tradicional del trabajo pasó a desenvolverse junto a nuevos modos organizativos, lo que ha impactado en la regulación, o, en algunos casos, en la no regulación. El DT necesita, entonces, readecuarse a las noveles circunstancias, sopena de quedar a la zaga de las prácticas actuales y ser relegado. Para comprender esta urgencia, se precisa examinar tal contexto.

III. ESCENARIOS ACTUALES

Toda sociedad y su desarrollo se fundamentan en el trabajo; de ahí la necesidad de regular adecuadamente las distintas situaciones y relaciones jurídicas que se dan en dicho espacio. De acuerdo con Ermida Uriarte (2000), «[...] el sistema tradicional de relaciones laborales viene sufriendo cuestionamientos y cambios de diversos orígenes.

No es fácil distinguir cuáles de ellos provienen directamente de la globalización y cuáles de otras causas más o menos autónomas pero concurrentes» (p. 138-139).

En ratificación de lo anterior, la Recomendación 204 (OIT, 2024, s.p.) —adoptada el 12 de junio de 2015—, sobre la transición de la economía informal a la formal, pone de relieve la diversidad de escenarios que hoy se presentan en el desarrollo del trabajo y que, de consumo con aquel manto originario, existen otras modalidades de labor, no siempre consideradas como parte del DT o reguladas por él. De conformidad con el citado instrumento, la informalidad puede manifestarse en:

- Economía formal (dentro de la cual hay presencia de informalidad);
- unidades que emplean mano de obra;
- trabajadores asalariados con empleos informales que laboran en empresas formales o en unidades económicas de la economía informal, o bien para ellas;
- unidades que pertenecen a personas que trabajan por cuenta propia, ya sea en solitario o con la ayuda de trabajadores familiares auxiliares no remunerados;
- cooperativas y unidades de la economía social y solidaria;
- trabajadores familiares auxiliares, independientemente de si trabajan en unidades económicas de la economía formal o de la informal;
- trabajadores que están en situación de subcontratación o que trabajan en cadenas de suministro; y
- trabajadores remunerados en hogares.

En esta clasificación, se aprecia la concurrencia de relaciones de trabajo tradicionales, antes mayoritarias, junto a nuevas formas de trabajo —ya no tan excepcionales en no pocos países—, en las que comparen nuevos sujetos económicos y laborales, y en las que no siempre se observan los elementos de dependencia, subordinación y ajenidad que han caracterizado el objeto de estudio del DT más clásico.

No obstante, la relación enunciada deja fuera otros modos de trabajo desarrollados producto de los resultados notables de la aplicación de las TIC, como es el caso del *coworking*, en el que los trabajadores no comparten empresa, sector ni actividad, sino que se unen para

trabajar en un mismo espacio; el *job sharing*, en el que un mismo puesto es compartido por dos personas, quienes se turnan para realizar sus actividades y se dividen el salario; el *smart working*, que incorpora el trabajo en equipos y una organización flexible, gracias al uso de las tecnologías; y el *copywriter*, en el que, a partir de la habilidad para escribir, se utilizan técnicas creativas. Todas las personas que laboran bajo estas formas de organización son, sin dudas, trabajadores. Sin embargo, su no reconocimiento como tal socava sus derechos, entre ellos, el de acceso a un empleo digno, a la seguridad y salud en el trabajo, o al acceso a la justicia.

La diversidad presente en el trabajo determina, por tanto, la necesidad de revisar la doctrina jurídico-laboral para tratar de incluir en ella las nuevas modalidades. El DT, de acuerdo con su definición originaria, tiene como objeto de regulación las relaciones establecidas entre el empleador y la persona trabajadora, y se caracteriza por la dependencia, la subordinación y la ajenidad, elementos que no están presentes en muchas de las modalidades previamente citadas.

Particularmente, en materia de acceso a la justicia, quienes trabajan bajo las denominadas *relaciones atípicas* sufren mayores afectaciones. Las también llamadas *nuevas formas de empleo*, *formas atípicas de empleo* o *formas diversas de arreglos laborales* se han incrementado en el mundo, a lo largo de los últimos 30 años y suponen, para no pocos Estados —especialmente, en Latinoamérica—, importantes retos en materia de reconocimiento y protección constitucional, legislativa y judicial, a los derechos que emanan de dichas relaciones.

Como ellas se encuentran en franco desarrollo, se precisa conocer en qué consisten, por qué se definen como *atípicas* y, con ello, precisar sus diferencias con las denominadas relaciones de trabajo *ordinarias*, así como caracterizar en qué sector económico tienen lugar y sus tipos.

Igualmente, de modo particular, se hace imperioso valorar si los elementos que determinan la referida *atipicidad* se expresan solo cuando existe una relación de trabajo, entendida, en palabras de Buen Lozano (1997), como «la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario» (p. 33), o si ella puede considerarse extendida a las formas de trabajo autónomo, en las que no se dan los referidos rasgos de subordinación, dependencia y ajenidad.

De admitir la existencia de atipicidad en el trabajo independiente, cabría preguntarse, entonces, si su ejercicio puede generar conflictos de trabajo, lo que, de modo preliminar, pudiera no acontecer, pues, según Cavazos Flores (2004), «la expresión conflictos de trabajo es genérica, comprensiva de todos aquellos surgidos del núcleo social del trabajo y de todas las posiciones de antagonismo entre partes que concreten una manifestación laboral a la cual se conceda valor jurídico» (p. 322).

Para fertilizar lo anterior, el propio autor —citando a Pérez Botija— indica que

con el nombre de conflictos laborales se alude a toda la serie de fricciones susceptibles de producirse en las relaciones de trabajo; este nombre se puede aplicar a las diferencias jurídicas que surjan entre las partes de un contrato de trabajo y sobre el cumplimiento o incumplimiento de sus cláusulas, así como a las infracciones de una ley laboral que no acatan las empresas o los trabajadores. (p. 322)

De modo que, de acuerdo con esta postura, existirá conflicto de trabajo, cuando la contradicción a solucionar surja de la prestación de servicios retribuidos por el patrono al empleado, de la actividad laboral o realización de un trabajo bajo subordinación, dependencia y por cuenta ajena, no cuando, como en el trabajo autónomo, se carezca de estos elementos.

En otro orden, las relaciones de trabajo pueden ser clasificadas en individuales o colectivas; las primeras son entendidas como aquellas en las que una persona realiza actos, ejecuta obras o presta servicio en favor de otra, bajo la dependencia de esta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera que sea el acto que le dé origen (Grisolia, 1999, p. 111); mientras que las segundas se establecen entre sujetos colectivos: por un lado, la asociación sindical de trabajadores y, por el otro, un empleador o grupo de empleadores (Grisolia, 1999, p. 584). De lo anterior, surge el interrogante de si en ambas se presenta la atipicidad expresada y cuáles serían sus posibles consecuencias en el acceso a la justicia o la solución de los conflictos, e, incluso, habrá que inquirir si la actuación judicial se adecua a las peculiaridades de un tipo de litigio u otro.

Se ha conocido que el concepto de *empleo no estándar (non standard employment)* o *empleo atípico (atypical employment)* comenzó a utilizarse regularmente por la OIT, en la segunda parte de los años ochenta, pero solo en febrero de 2015 se alcanzó un consenso mundial en ese sentido, con la celebración de la Reunión tripartita de expertos sobre las formas atípicas de empleo, que tuvo el propósito de analizar los desafíos que ellas podrían plantear para la denominada *agenda de trabajo decente*, de la que derivó una resolución sobre la protección social.

Como parte de los estudios derivados de dicho encuentro, el informe *El empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas* (OIT, 2016) mostró los resultados de una amplia gama de investigaciones sobre los aspectos económicos y jurídicos de las formas atípicas de empleo, llevadas a cabo en numerosos países y regiones del mundo, así como sobre temas específicos de relevancia, como los efectos en las empresas y en la seguridad y salud en el trabajo. Entre ellos, son de interés los siguientes:

En casi todo el mundo, las leyes que regulan el empleo han girado en torno a un tipo de trabajo que es continuo, a tiempo completo y que se inscribe en una relación subordinada y directa entre un empleador y un empleado, conocida generalmente como la relación de trabajo típica. La relación de trabajo típica, además de ofrecer a los trabajadores importantes protecciones, ayuda a los empleadores a contar con una mano de obra estable para su empresa, retener y beneficiarse del talento de sus trabajadores y obtener las prerrogativas de gestión y la autoridad para organizar y dirigir el trabajo de sus empleados.

Durante las últimas décadas, tanto en los países en desarrollo como en los industrializados, se ha producido una marcada transición del empleo típico al empleo atípico.

Las formas atípicas de empleo agrupan distintas modalidades de empleo que no se ajustan al empleo típico, entre ellas, el empleo temporal; el trabajo a tiempo parcial; el trabajo temporal a través de agencia y otras modalidades multipartitas; y las relaciones de trabajo encubiertas y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente. (p. 10)

De consideraciones realizadas, se pueden apreciar diferencias sustanciales entre las relaciones de trabajo típicas o comunes, y las atípicas. Sobre estas últimas, se plantea:

No hay una definición oficial de formas atípicas de empleo. Generalmente, se considera como tales [sic.] el trabajo que queda fuera de la relación de trabajo típico, entendido [sic.] ésta como el trabajo que es a tiempo completo, indefinido y se inscribe en una relación de trabajo subordinada. A los fines de la presente discusión, se toman en consideración las formas atípicas de empleo siguientes: 1) el empleo temporal, 2) el trabajo temporal a través de agencia y otras modalidades contractuales que vinculan a varias partes, 3) las relaciones de trabajo ambiguas y 4) el trabajo a tiempo parcial. (OIT, 2016, p. 9)

Este criterio es sostenido también por Carrizosa y Jalil (2023), quienes reproducen a Sánchez-Rodas, en el sentido de que:

El concepto de «empleo atípico» se ha construido como una categoría útil para designar todas las formas de empleo que se apartan de lo que es el «empleo típico». Es decir, se construye por oposición y sirve para referirse a las diferentes formas de prestar servicios que no se ajustan al prototipo objeto-sujeto sobre el que despliega su eficacia, como disciplina jurídica autónoma, el Derecho del trabajo. Ello se debe, principalmente, a la rigidez de su ámbito de aplicación subjetivo (un trabajador, normalmente hombre de baja formación) y objetivo (la típica relación laboral del modelo fordista-taylorista: empleado de forma subordinada y dependiente a través de jornadas regulares y preestablecidas, y con una duración indefinida en el tiempo). (p. 39)

Según la OIT (2016, p. 10) el empleo atípico se observa en diversas modalidades:

- a) El temporal, que comprende los contratos de duración determinada, como los basados en proyectos o tareas, el trabajo estacional u ocasional, incluido el que se ejecuta por días, o en plazos cortos, esporádica o intermitentemente (horas, días o semanas), a cambio de una retribución diaria o periódica, en dependencia de las condiciones acordadas. Esta modalidad se incrementa con los empleos

mediante plataformas de internet o el trabajo por encargo. No es una relación indefinida ni permanente.

b) El trabajo a tiempo parcial y a pedido, que se expresa en horas de trabajo normal más reducidas que las equivalentes al período completo de labor, el empleo parcial marginal, el trabajo a pedido, incluidos los contratos de cero horas, que pueden abarcar un lapso temporal muy escaso o caracterizarse por la falta de un horario fijo previsible y porque el empleador no está obligado a garantizar un número específico de horas de labor.

c) La relación de trabajo multipartita, también conocida como *cesión temporal, intermediación y alquiler de mano de obra*. Es aquella en la que se realiza una labor temporal, por medio de una agencia o se prestan servicios en régimen de subcontracción. La relación de trabajo se establece entre la agencia y el trabajador, mientras que lo que vincula a la primera con la entidad usuaria es un contrato comercial. No existe vínculo directo ni subordinado del trabajador con el usuario final.

d) El empleo encubierto o por cuenta propia económico dependiente, que no es más que una forma falsa o errónea de clasificar el tipo de trabajo, al dotarlo de una apariencia distinta de la que, en realidad, tiene, con el propósito de evadir la protección que brinda la ley. Esta variante puede suponer el ocultamiento de la identidad del empleador, quien contrata a los trabajadores mediante un intermediario, el uso de un contrato comercial o cooperativo, en lugar de uno laboral, a la vez que se dirige y vigila la actividad que realiza el empleado de una manera incompatible con la situación independiente de este.

En Cuba, la legislación no ha reconocido las denominadas relaciones atípicas de trabajo con tal carácter; en opinión del autor, basada en su experiencia, en otras partes del mundo, ellas son identificadas con las formas de trabajo que, generalmente, se encuentran en el sector informal de la economía y excluidas de regulación.

La atipicidad se manifiesta de formas diferentes: reducción del tiempo de trabajo (contratos a tiempo parcial), modificación de la duración del vínculo (contratos a plazo, a prueba, por temporada), locación de la actividad (tercerización), variación de las características jurídicas del vínculo (contratos de arrendamiento de servicios, subcontratación), dualidad de

la figura del empleador (suministradores de mano de obra temporal), modalidades de contratación antes completamente desconocidas (*staff-leasing*, arrendamiento de planilla, *franchising*), nuevas tareas a partir de las posibilidades que brinda la informática (teletrabajo) (Raso-Delgué, 2009, p. 6; 2017, p. 8).

De modo particular, el orden normativo cubano ha definido las *relaciones de trabajo especiales* como las que presentan ciertas diferencias con las *ordinarias*. Se considera *especial* aquella que requiere de una regulación específica, en atención a sus peculiaridades, pero que, en todo caso, respeta los derechos laborales básicos reconocidos en la legislación (mínimos). Ellas son establecidas para algunas categorías, ocupaciones o formas de trabajo que, por su naturaleza, condiciones o modo de desarrollo, ameritan reglamentaciones específicas y la adecuación de las normas y los principios generales del DT a esas condiciones particulares. Son excepciones en el amplio espectro jurídico-laboral, que constituye la regla. Cada una de ellas es objeto de un régimen jurídico diferenciado (principio de especificidad o especificidad).

Las relaciones especiales concebidas por la legislación patria no coinciden con las definidas en la doctrina (OIT, 2016), entre las que se incluyen las de:

- a) El personal de alta dirección que no tenga la consideración de mero consejero o miembro del órgano de administración de las sociedades.
- b) El servicio del hogar familiar.
- c) Los sancionados en las instituciones penitenciarias.
- d) Los deportistas profesionales.
- e) Los artistas en espectáculos públicos.
- f) Las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de un empresario o más, sin asumir el riesgo que ellas representan.
- g) Los trabajadores con discapacidad que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo.

- h) Los estibadores portuarios que prestan servicios a través de sociedades estatales o sujetos que desempeñen las mismas funciones que estas en los puertos gestionados por las comunidades autónomas.
- i) El trabajo de la gente de mar.
- j) El trabajo del personal extranjero.
- k) Cualquier otro trabajo expresamente declarado en la ley como una relación laboral de carácter especial.

La OIT ha adoptado varios convenios y recomendaciones para estas categorías de empleados: trabajadores domésticos, gente de mar, migrantes, personal de enfermería. Se trata de que, cualquiera que sea el sector en que ellas se manifiesten, se cumplan los principios generales del DT, según la realidad y las condiciones de cada país. En virtud de ello, se aprueban convenciones, convenios colectivos y contratos individuales de trabajo en cuyos contenidos se incluyen las normas especiales.

La nación antillana reconoce, hasta la fecha, las relaciones especiales de trabajo siguientes:

1. Las que se establecen entre personas naturales.
2. Las referidas a la contratación, ubicación, reubicación, promoción e inhabilitación de los profesionales y técnicos de la medicina.
3. Las relacionadas con la evaluación del trabajo del personal docente.
4. Las que establecen las modalidades del contrato de trabajo, evaluación y formas de remuneración para la rama artística.
5. Las relacionadas con el sistema de contratación para los atletas.
6. Las que se establecen para los trabajadores que ocupan las categorías ocupacionales de cuadros y funcionarios.
7. Las especificidades de las relaciones laborales de los trabajadores que ocupan cargos de las categorías de operarios, técnicos, trabajadores administrativos y de servicios, que por sus características son designados.

8. Las relacionadas con los extranjeros y las personas sin ciudadanía residentes temporales que manifiesten su interés de trabajar en Cuba.

9. Los trabajadores contratados por las cooperativas, formas asociativas y otras personas jurídicas con capacidad legal para concertar relaciones de trabajo —artículos 72-79, Ley No. 116, «Código de trabajo» (CT) [GOR-E, (29), 2014, pp. 465-466].

No se reconocen como relaciones de trabajo especiales las que se ejercen en la actividad de la inversión extranjera. Por otra parte, entre las que sí están previstas, una parte de la distinción radica en que la solución de los conflictos discurre por diversas vías, no siempre judiciales.

Ante estas nuevas realidades, el DT se enfrenta a un desafío que apunta a su principio esencial, el tutelar, y es el de incluir tales modos de trabajo en su regulación, como presupuesto para el debido reconocimiento de los derechos laborales de todas las personas trabajadoras. Esta idea remite a la consideración de tales derechos como fundamentales.

Los denominados *derechos fundamentales en el trabajo* constituyen una clase especial o particular en el amplio espectro de los derechos laborales, la cual se identifica con los derechos que poseen, universalmente, todas las personas —como sujetos con capacidad de obrar— y que son, por tanto, indisponibles e inalienables; generalmente, estos derechos constan reconocidos en la Constitución, los tratados o las disposiciones judiciales, según sea el sistema jurídico de cada nación.

Tal noción comporta la extensión o aplicación de los derechos reconocidos a toda persona hacia el ámbito de su actividad laboral, al escenario de trabajo en que se desenvuelve, en cualquier sector; consecuentemente, al estimarse la seguridad y la salud como un derecho fundamental en el trabajo, se debe contribuir a que sus titulares ejerzan, en el ámbito laboral, otros derechos que les son inherentes en tanto personas, como el desarrollo del trabajo en condiciones dignas, sin discriminación, el de organizarse para defender sus intereses. De esta forma, los derechos laborales adquieren una nueva dimensión.

Valorado lo anterior, sin dudas, deben incluirse todas las formas de trabajo en el objeto de regulación del DT, como premisa para el debi-

do ejercicio de los derechos laborales. Sobre ese argumento, el autor propone algunos elementos, cuyo único objetivo es el de propiciar el debido análisis de las problemáticas planteadas, cuando el siglo XXI ya transita por su tercer decenio y los nuevos escenarios discurren, a cada segundo, con una velocidad inusual.

IV. ADECUACIÓN A LA DIVERSIDAD CONTEXTUAL

Tomando en consideración los razonamientos antes expuestos, se propone considerar al DT como el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones que surgen del hecho social del trabajo, caracterizado por la relación de dependencia, subordinación y ajenidad, y por una contraprestación: el pago de la remuneración; pero, también, es el que establece y regula los elementos esenciales para el desarrollo del trabajo no dependiente, no subordinado, realizado por cuenta propia, con el fin de satisfacer las necesidades de una persona o colectividad, a los que provee de los medios de sustento necesarios.

Correlativamente, habría que modificar la definición de persona trabajadora que, hasta la fecha, ha reconocido el DT. En tal sentido, pudiera considerarse como tal a todo el que realiza operaciones de producción o prestación de servicio, por cuenta propia o ajena, para la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas.

Estas definiciones solo pretenden constituir puntos de partida, sin alejarse de las teorías relacionistas y contractualistas que constituyen el sustento del DT tradicional, pues las incluyen y, además, en adecuación a los nuevos contextos, reflejan la concepción de que esta rama del ordenamiento jurídico, sus principios y sistemática tienen en la actualidad un sentido superior y diferente, omnicomprensivo de cada persona trabajadora, independientemente del sector en que labore, el tipo de trabajo que realice y la organización a que pertenezca; incluso, a los trabajadores autónomos se les brinda protección, en tanto titulares de derechos laborales fundamentales, entre ellos, el de acceso a la justicia. En esencia, se trata de cumplir el principio protector que ilustra el DT en la realidad contemporánea, de modo inclusivo.

Para dotar de garantía efectiva a todo derecho subjetivo, debe ofrecerse al titular la posibilidad de acudir a los medios apropiados del

sistema jurídico del que se trate para obtener un pronunciamiento jurisdiccional adecuado. El acceso a la justicia es un derecho implícito en las proclamaciones nacionales e internacionales de derechos humanos. La protección de estos, ya sean económicos, sociales y culturales, o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a los órganos del Estado competentes para resolver las reclamaciones y litigios de carácter jurídico, así como a servicios profesionales prestados por una abogacía independiente (ONU, 1990, s.p.).

Consecuentemente, el acceso a la justicia ha sido reconocido en no pocos instrumentos internacionales de derechos humanos y, en Cuba, tiene expresión en la Constitución de la República [GOR-E, (5), 2019, p. 86]. Consagrado él como derecho fundamental e incluidas todas las modalidades de trabajo en la legislación, aquel ha de permitir el debido cumplimiento de estas.

V. CONCLUSIONES

El Derecho del trabajo, en sus variadas expresiones, ha de adecuarse a los nuevos escenarios laborales, para incluir a parte importante de trabajadores que no son objeto de su regulación, desde la visión tradicional.

Lo anterior tiene especial significación desde un enfoque de derechos humanos, como garantía del derecho al trabajo digno, la seguridad y salud en el trabajo y el acceso a la justicia.

El Derecho del trabajo del siglo XXI debe ser valorado y ejercido de modo diferente, adecuado a cada contexto y forma de trabajo, pero siempre preservando su principio protector.

VII. REFERENCIAS

- Buen Lozano, N. de. (1997). *Instituciones de Derecho del trabajo y de la seguridad social*. AIDTSS-UNAM.
- Carrizosa Prieto, E. y Jalil Naji, M. (2023). Trabajo atípico, desempleo y (des)protección social. *Revista Internacional de la*

Protección Social [online], 36-70. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2023.mon.04>

Cavazos Flores, B. (2004). *40 lecciones de Derecho laboral* (9.^a ed., 4.^a reimp.). Trillas.

Constitución de la República. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.

Ermida Uriarte, O. (2000). Globalización y relaciones laborales.

Revista de Derecho, (7), 137-151. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/articleview/2207>

Grisolia, J. A. (1999). *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Depalma.

Ley No. 116, «Código de trabajo». (Junio 17, 2014). *GOR-E*, (29), 453-483.

Organización de Naciones Unidas. (1990). Principios básicos sobre la función de los abogados. www.ohchr.org

Organización Internacional del Trabajo. (2016). El empleo atípico en el mundo: Retos y perspectivas (presentación resumida del informe). www.ilo.org

Organización Internacional del Trabajo. (2024). Recomendación 204 de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal. En Convenios y Recomendaciones actualizados. <http://normlex.ilo.org>

Raso-Delgué, J. (2009). *La contratación atípica del trabajo* (2.^a ed. ampliada y actualizada). Editorial y Librería Jurídica Amilio M. Fernández.

Raso-Delgué, J. (Marzo, 2017). La formulación (o reformulación) del Derecho del trabajo ante los cambios del siglo xxI [ponencia, XI Encuentro Internacional de Abogados Laboralistas y del Movimiento Sindical, repositorio de la Unión Nacional de Juristas de Cuba].

Villasmil Prieto, H. (Julio-diciembre, 2015). Pasado y presente del Derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(2), 203-228. <https://doi.org/10.1016/j.rlds.2015.07.008>

REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL DESDE LA REALIDAD CUBANA¹

CRITICAL REFLECTIONS CONCERNING LABOUR INTERMEDIATION FROM THE CUBAN FACT

■ **Lic. YANNARA PÉREZ ÁLVAREZ**

Jueza profesional titular, Tribunal Municipal Popular de Santiago de Cuba, Cuba

<https://orcid.org/0009-0004-3991-5731>

gabbanakatia708@gmail.com

Resumen

La intermediación laboral, entendida como la implicación de un tercero que asume la función de conectar a quienes ofrecen la fuerza de trabajo con quienes la demandan, es un fenómeno de larga data en el Derecho del trabajo, que desdibuja los clásicos contornos de la relación jurídica laboral bilateral. Cualquiera que sea la forma que ella adopte (servicio público de empleo, agencia privada de colocación, empresa de trabajo temporal u otra), su regulación e implementación supone un reto de cara a la preservación de los derechos de los trabajadores. El presente trabajo pretende aproximarse al tema, sin ánimo de exhaustividad, y presentar una visión crítica de la manera en que lo aborda la legislación nacional, como punto de partida para su futura modificación, a la vez que aportar algunas herramientas conceptuales que puedan ser de utilidad a los jueces en la tramitación y resolución de los asuntos de esta naturaleza.

¹ Este trabajo se origina en el marco del proyecto de investigación «La efectiva tutela judicial de los derechos del trabajo: necesidad para el perfeccionamiento del modelo de desarrollo socialista», asociado al programa sectorial de ciencia e innovación del Tribunal Supremo Popular, «Perfeccionamiento de la justicia judicial para contribuir al desarrollo de la sociedad cubana del siglo XXI».

Palabras clave: Intermediación laboral; entidad empleadora; relación laboral triangular; inversión extranjera; Derecho del trabajo.

Abstract

Labour intermediation, understood as the involvement of a third party who assumes the function of connecting those who offer the labour force with those who demand it, is a long-standing phenomenon in labour law, which blurs the classic contours of the bilateral legal employment relationship. Whatever form it takes (public employment service, private placement agency, temporary work agency or other), its regulation and implementation is a challenge for the preservation of workers' rights. This paper aims to approach the subject, without being exhaustive, and to present a critical view of the way in which it is dealt with in national legislation, as a starting point for its future modification, while at the same time providing some conceptual tools that may be useful to judges in the processing and resolution of matters of this nature.

Keywords: *Labour intermediation; employing entity; triangular employment relationship; foreign investment; labour law.*

Sumario

I. Introducción; II. Esbozo conceptual; III. Enmarcamiento histórico; 3.1 Agencias privadas de colocación; 3.2 Empresas de trabajo temporal; IV. Marco jurídico nacional; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La relación laboral bilateral entre el empleador y el trabajador ha sido la aceptada, tradicionalmente, para establecer el vínculo jurídico entre ambos sujetos; sin embargo, a raíz de los cambios que se registran a escala mundial (crisis económico-sociales sucesivas, desempleo, aumento del trabajo informal, proliferación de las formas atípicas de contratación, flexibilidad en el trabajo, precariedad, modificación de los patrones productivos y otros muchos), la persona que tiene la pretensión

de utilizar su fuerza de trabajo, para adquirir un empleo que le genere el ingreso capaz de solventar sus necesidades, se encuentra en desventaja para acceder a información de calidad sobre las actividades que pudiera ejercer, en qué sectores, bajo qué condiciones, las plazas disponibles, la habilitación o calificación que se requiere para ocuparlas, entre otros elementos que obstaculizan la libre elección de un empleo y el acceso a este fundamental derecho.

Es ahí que entra a desempeñar un papel preponderante la intermediación laboral, entendida como un mecanismo para conectar al trabajador que busca emplearse, el ente que requiere de alguien con la capacidad para cubrir su plaza vacante y el intermediario que vincula ambos intereses, de lo cual sigue que el rasgo distintivo de esta figura es la intervención de un tercero (intermediario) que asume la misión de poner en contacto al demandante de fuerza de trabajo (usuario) con el oferente de esta (trabajador), situación que desdibuja la tradicional relación jurídico-laboral, de carácter bilateral, para reconducirla a un esquema triangular, en el que los derechos y las obligaciones de cada parte pueden variar, de acuerdo con las diversas modalidades mediante las cuales se configuren tales vínculos.

En palabras de Toyama (2009):

Prácticamente, no hay áreas o actividades que no sean materia de una intermediación o tercerización, en tanto se aprecien los elementos constitutivos de esta institución. (p. 502)

[...] Por un lado, las organizaciones empresariales han migrado de una estructura vertical o piramidal —que suponía el control de todas las etapas productivas y las relaciones autónomas entre las empresas— a una organización de «red» que importa relaciones horizontales con una fragmentación de los ciclos productivos y vinculaciones de las empresas a niveles de coordinación y articulación. Por otro lado, se aprecia una concentración de la PEA [población económicamente activa] laboral cada vez mayor en el sector de servicios y se verifica una universalización de las tecnologías de información. (p. 504)

La aspiración al pleno empleo forma parte del Programa de trabajo decente promovido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyo primer objetivo se encamina a la promoción del empleo, median-

te un marco institucional y económico sostenible, según se consigna en la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (ILSE, 2015, s.p.). Ello es prioritario, también, para Cuba.

El eje estratégico sobre desarrollo humano, equidad y justicia social, del Plan nacional de desarrollo hasta 2030 (PNUD, 2019) —articulado en consonancia con los Objetivos de desarrollo sostenible— plantea una visión esperanzadora en materia de empleo, al consagrarse, en sus objetivos específicos 10 y 11, la expectativa de:

10. Asegurar las fuentes de empleo requeridas por los objetivos de desarrollo, con énfasis en empleos de mayor calidad, calificación y remuneración, que propicien un sostenido crecimiento de la productividad del trabajo.

11. Garantizar que el trabajo constituya en sí mismo una necesidad y motivo de realización personal para cada ciudadano, y que el salario y otros ingresos del trabajo sean fuente principal de reproducción y estímulo de los trabajadores. (p. 32)

Por su parte, la Política social declarada en la Conceptualización del modelo de desarrollo económico social hacia 2030 (CC-PCC, 2021) plantea:

El trabajo constituye un derecho que el Estado garantiza, principalmente mediante la promoción de nuevas y diversas fuentes de empleo y de políticas públicas que favorecen su generación, en función de la estrategia de desarrollo. En ello, tiene en cuenta las particularidades de los diferentes segmentos poblacionales, territorios, sectores, formas de propiedad y de gestión. Al propio tiempo, el trabajo es un deber de todo ciudadano apto. (p. 45)

Como correlato de lo anterior, los lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución (CC-PCC, 2021) —como parte de la política social—, apuestan por:

109. Consolidar la política de empleo y favorecer la incorporación de las personas en condiciones de trabajar, en particular de las mujeres y los jóvenes, en correspondencia con las necesidades del desarrollo económico y social del país y los territorios, la formación profesional y la inserción laboral; tener en cuenta el uso del teletrabajo y el trabajo a distancia.

110. Lograr que el trabajo en el sector no estatal, además de constituir una alternativa de empleo, contribuya de manera efectiva al desarrollo económico y social del país, en especial a nivel local; al encadenamiento productivo con la industria, otros sectores y actividades de la producción nacional y la inversión extranjera. (p. 72)

Como asegura Montoya Melgar (1987):

Uno de los aspectos fundamentales de toda política de empleo es la puesta en contacto de la oferta y la demanda de trabajo, actuando como mediadores los organismos de colocación. Frente a la concepción de los economistas liberales según la cual la oferta y la demanda se equilibraban y nivelaban por sí mismas, sin necesidad de que interviniese ningún otro resorte ajeno a ellas (Smith, Say), hoy se reconoce sin discusión el papel decisivo que desempeñan los organismos oficiales de colocación para aproximar la oferta y la demanda de trabajo.

La tendencia —insistentemente defendida por la Organización Internacional del Trabajo— en esta materia es la de estabilizar los organismos o servicios de colocación, entendiendo que la función de establecerlos y mantenerlos es competencia típica del Estado; corolario de la publicificación de los entes destinados a la colocación de trabajadores es la prohibición de la intervención en ella de agencias u oficinas de carácter privado. (pp. 547-548)

El informe de la OIT, referido a las perspectivas sociales y del empleo en el mundo, razona que las tasas de desempleo en 2023 disminuyeron con relación a los niveles que exhibían antes de la pandemia, al tiempo que mejoró ligeramente el déficit de empleo, aunque aún este indicador muestra cerca de 435 millones de personas con una necesidad de empleo insatisfecha. De la mano de la inflación, continuaron disminuyendo los salarios reales y se agudizaron los desequilibrios laborales; de ahí que, en 2024, «se vislumbra un panorama sombrío a medida que la policrisis quebranta la justicia social» (OIT, 2024, pp. 2-5).

En el caso cubano, según cifras oficiales, en 2022, la PEA decreció en un 4,28% con respecto a 2020; por otro lado, aumentó la desocupación y disminuyó la contribución de la población laboral joven, lo

que, de la mano del envejecimiento poblacional, constituye un importante factor de preocupación (ONEI, 2023, p. 4), que obliga a reforzar la política de empleo nacional y perfeccionar cuantos mecanismos resulten viables para potenciar el trabajo, como factor de crecimiento social, en lo cual desempeña un rol esencial la regulación de la intermediación laboral, especialmente, considerando la diversificación que han experimentado los actores económicos y las relaciones de trabajo en los últimos años.

El momento es propicio, entonces, para preguntarse si la legislación nacional del trabajo cuenta con un marco de protección suficiente en materia de intermediación laboral y, asumida, preliminarmente, una respuesta negativa, cuáles serían los presupuestos jurídicos que debieran considerarse, en lo inmediato, en tal ámbito para fundamentar su transformación.

II. ESBOZO CONCEPTUAL

El fenómeno de la intermediación no es nuevo en el mundo del trabajo, de lo cual dan cuenta las abundantes definiciones que se han formulado sobre él. Según Krotoschin (1978),

el intermediario puede ser a su vez empresario generándose una relación triangular por la que, si bien los servicios se prestan en provecho de otra, el vínculo de subordinación se establece, real o aparentemente, con la tercera persona interpuesta. Así, el contratista dispone de elementos propios, de cierta solvencia económica y realiza obras para otros por su cuenta. Es un verdadero empresario y mantiene vínculo laboral con sus trabajadores, mientras que el beneficiario principal de los servicios —la empresa usuaria— no está vinculado laboralmente con dicho personal. (p. 139)

Para Caldera (1979),

el intermediario no es personero de ninguna de las dos partes, porque de serlo no habría propiamente intermediación, sino que su personería queda[ría] subsumida en la de la parte a quien representara. El intermediario ejercita, pues, su propia cualidad: frente al trabajador, contratándolo, remunerándolo, ejerciendo el poder de dirección emanado de la relación de

trabajo; frente al empleador, entregándole la obra hecha o el servicio ejecutado, mediante el vínculo civil o comercial a través del cual hubiera acordado la realización del encargo. (p. 332)

Villavicencio, por su parte, considera que la intermediación laboral consiste en proporcionar la mano de obra de trabajadores cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario que se hace cargo de ellos y que se trata de relaciones triangulares en las que una empresa celebra un contrato civil con otra para proporcionarle trabajadores vinculados a la primera, pero que prestarán sus servicios bajo el poder directivo y el control de la segunda (2004, p. 146).

Según Ermida Uriarte —citado por Toyama (2009, pp. 506-507)—, la intermediación supone el *prestamismo laboral*, es decir, la subcontratación de la mano de obra, dado que el contrato de trabajo no se produce entre el empleado y la empresa o entidad en la que este prestará sus servicios. Para el estudioso peruano, intermediación es sinónimo de «provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador (empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores) para que [ellos] presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero» (2009, pp. 509-510).

Rasgo distintivo de la intermediación es su carácter temporal, «pues la verdadera ventaja [de esta] no está en el costo laboral, sino en cubrir rápida y eficazmente necesidades aleatorias, imprevistas, extraordinarias y ajena al giro normal de la empresa» (Toyama, citando a Ermida Uriarte, 2009, p. 514).

En línea con las posturas anteriores, cabe identificar tres ámbitos relacionales que se ponen de manifiesto en la intermediación laboral y de cuya adecuada diferenciación dependerá, en buena medida, la efectividad de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de cada parte:

1. Entre el proveedor o intermediario y el trabajador, que deben formalizar una relación de trabajo, en el marco de la cual se ofrezca cobertura al acceso al empleo y el resto de los derechos laborales, con independencia de que una parte del poder de dirección que ostenta el empleador se transfiera al usuario (dirección, vigilancia, control, con los correlativos deberes, sobre todo, aquellos referidos a la seguridad y salud en el trabajo) y que la prestación de servicios se realice en beneficio de este, en la forma y bajo las condiciones

que él determine. El intermediario se erige en el empleador formal, mientras que el usuario es identificado como el empleador real.

2. Entre el proveedor o intermediario y el usuario o demandante de fuerza de trabajo, que conciernen un vínculo jurídico de carácter civil o mercantil —según la connotación que le dé cada legislación nacional—, en virtud del cual el primero asegura la provisión del personal calificado, por el período convenido y en los términos pactados con el usuario, mientras el segundo le abona determinada cantidad por ello y se responsabiliza, en el orden real de las cosas, con el ejercicio de los atributos del poder de dirección que le son transferidos temporalmente (por el período de duración del contrato) y las obligaciones respectivas hacia el trabajador. Se produce en este supuesto lo que Toyama (2009) identifica como el «reparto de las facultades empresariales entre la empresa usuaria y la empresa de servicios especiales» (p. 507).

3. Entre el usuario y el trabajador, recíprocamente obligados en virtud de las dos relaciones jurídicas anteriores. Toyama identifica esta interacción como *sujeción laboral* (2009, p. 510).

En opinión de la autora, esta particular tripartición que se da en la intermediación laboral tiene especial trascendencia para la conflictividad de la materia en el caso nacional. Por una parte, ante el riesgo latiente de que la figura sea empleada para disfrazar o encubrir relaciones laborales bajo el velo de contratos civiles o mercantiles, lo cual obliga a realizar un ejercicio ponderado de verificación, sobre la base de determinados indicadores, que permitan esclarecer la naturaleza jurídica real de la relación y sus efectos (Fernández, 2018, pp. 57-60), del modo que sugiere la Recomendación 198 de la OIT (ILSE, 2015, s.p.) que, si bien no tiene carácter vinculante (*soft law*), resulta sumamente útil como herramienta de interpretación jurídica. Del otro lado, la cuestión repercute en la integración de la relación jurídico-procesal, de la que deben formar parte el empleador formal y la entidad usuaria, en atención a la compartimentación de atribuciones que se da entre ellos, la contribución que ambos pueden hacer en el aporte de elementos válidos para la solución del conflicto y el alcance que pudiera tener la decisión judicial para cualquiera de ellos.

La intermediación ha de ser diferenciada de figuras similares, como es la tercerización de servicios, también conocida como *outsourcing* o subcontratación.

De acuerdo con Toyama (2008),

en la intermediación laboral existe solamente un destaque de mano de obra a la empresa contratante (un puesto de trabajo); se prestan servicios en actividades principales de la contratante solo temporalmente bajo la modalidad de un contrato ocasional o de suplencia, y también se realizan actividades complementarias o especializadas; los trabajadores que realizan actividades principales temporalmente no podrán exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa contratante [...]. Sin embargo, en la tercerización u *outsourcing*, se brinda un servicio integral a la empresa contratante (la mano de obra constituye solo una parte del servicio); se prestan servicios en actividades principales (temporales o permanentes), de especialización o complementarias de la contratante; no está sujeto a límite porcentual alguno [...]. (p. 93)

Con mayor concreción, el propio autor acota la distinción en el sentido de que la intermediación laboral alude a «aquellos supuestos en los cuales un tercero destaca exclusivamente mano de obra a una empresa usuaria para que preste servicio bajo la dirección y fiscalización de esta última», mientras que, en el *outsourcing* o tercerización, «un contratista se compromete a prestar un servicios [sic.] bajo su dirección y control, de modo tal que el personal involucrado permanece bajo su dirección y fiscalización» (Toyama, 2009, pp. 502-503). En resumen, para este autor, la *externalización* de servicios laborales, en la que «el empleador se desvincula de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando para trasladarla a un tercero» (2009, p. 503), comprende la intermediación laboral y la tercerización u *outsourcing*; en la primera, según él, el intermediario solo ofrece mano de obra; en tanto, en la segunda, oferta un servicio integral (2009, p. 503). Otro elemento distintivo radica en que, en la primera, el riesgo por los servicios laborales es asumido por la usuaria, mientras que, en la segunda, corren por cuenta del intermediario (2009, p. 508).

III. ENMARCAMIENTO HISTÓRICO

La intermediación laboral fue, en sus inicios, una actividad privada de carácter lucrativo, que se convirtió, con rapidez, en un medio de extorsión hacia la clase trabajadora, razón por la cual generó el rechazo internacional que conllevó a su progresiva desaparición. Según razona Pérez Botija (1955), la OIT se ocupó de ello para 1933 y 1947, al tiempo que fomentó los estudios dirigidos a fundamentar la responsabilidad estatal en los servicios de empleo (p. 49).

De acuerdo con el estudio presentado en la reunión 99 de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 2010, sobre los instrumentos relativos al empleo a la luz de la Declaración de 2008, sobre la justicia social para una globalización equitativa,

hasta 1914 los intermediarios privados con fines lucrativos se encargaban de realizar casi todos los trámites relacionados con la colocación en el empleo. Durante la Primera Guerra Mundial, los países beligerantes sufrieron una escasez de mano de obra nacional; para solucionar esta situación se recurrió a la creación de nuevos sistemas de oficinas públicas de colocación y a la ampliación considerable de los sistemas existentes. En 1918, cuando cesaron las hostilidades, se procuró consolidar este importante progreso mediante la organización de los servicios públicos de empleo. (ILSE, 2015, s.p.)

Fue así como, bajo el influjo de la OIT, se consolidaron los servicios públicos de empleo, como alternativa frente a las agencias privadas de empleo, lucrativas o no, con el propósito de mitigar el desempleo y coadyuvar a la conquista de logros sociales y económicos. El tema fue cobrando cada vez más auge a nivel internacional y, «alrededor de 1929, existían 35 países que poseían oficinas públicas de colocación» (Sobrino, 2011, p. 45).

Resumiendo el origen y la evolución de este servicio en sus primeros tiempos, Sobrino (2006) explica que

la implantación de los primeros servicios estatales de empleo tiene lugar en el año 1891 en Nueva Zelanda; en esa misma década sucede lo mismo en diversos estados norteamericanos y algo más tarde en el continente europeo. En dicho continente, es Reino Unido, en el año 1909, el que ordena la primera red estatal de oficinas de colocación que posterior-

mente va a gestionar el seguro obligatorio de desempleo que se crea en 1911, siguiéndole Alemania, que en el año 1927 crea el Instituto Federal de Colocación y Seguro de Desempleo. (p. 45)

La regulación de la intermediación laboral por los servicios públicos de empleo supuso un antes y un después en este ámbito. Cada Estado hizo preponderar el desempeño público y eligió hasta donde podrían llegar las agencias privadas de colocación, bajo qué presupuestos y con qué finalidad. En ese orden, fue determinante la influencia de la OIT, en cuyo seno se gestaron diversos instrumentos que abordaron el asunto, entre ellos:

- El Convenio 2 de 1919, sobre el desempleo, complementado por la Recomendación 1, del propio año, exhortó a la supresión de las agencias lucrativas de colocación e instó a los Estados a la adopción de un plan nacional que coordinase la gestión de las agencias gratuitas de empleo, tanto públicas como privadas.
- El Convenio 34 de 1933, sobre las agencias retribuidas de colocación y la Recomendación 42 de igual año, sugirieron la eliminación gradual de esta forma de gestión del empleo, atendiendo a que no todos los países estaban en igualdad de condiciones para suprimirlas radicalmente, los que, en la actualidad, han sido dejados de lado.
- Las Recomendaciones 71 y 72 de 1944, acerca de la organización del empleo (transición de la guerra a la paz) y el servicio de empleo, mediante las que se sugirió la implementación de un plan nacional que garantizase la plena incorporación de todos los recursos productivos al empleo, en especial, mediante servicios públicos de diversa clase.
- El Convenio 88 de 1948, sobre el servicio de empleo, que enfatizó la «obligación de adoptar las medidas apropiadas para establecer servicios del empleo (públicos y privados) a escala nacional y local» (ILSE, 2015, s.p.), ello ya en consonancia con la plasmación del derecho al trabajo en la Declaración universal de derechos humanos.
- El Convenio 96 de 1949, que permitió a los Estados parte escoger entre la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación y la previsión de un sistema de coexistencia entre actores públicos y privados.

- El Convenio 181 de 1997, sobre las agencias privadas de empleo, que permitió revisar el Convenio 96 y readecuar el marco institucional, de cara a la convivencia de los servicios públicos de empleo con los privados, aunque bajo la conducción estatal, como garantía de protección a los trabajadores, complementado por la Recomendación 188, de idéntico año.

En el primero de esos instrumentos, se reconocieron diversas formas de intermediación privada, al determinarse que

la *agencia de empleo privada* designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

- a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;
- b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante «empresa usuaria»), que determine sus tareas y supervise su ejecución;
- c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas. (ILSE, 2015, s.p.)

Quedan comprendidas, así, en esta categoría las meras bolsas de empleo, que no asumen el rol de empleadores ni, por consiguiente, responsabilidad alguna frente al empleado, las agencias de colocación y los servicios de orientación, cuya única finalidad es la de proporcionar información acerca de la disponibilidad de puestos laborales.

De todos los instrumentos mencionados, Cuba solo ratificó la Parte II del Convenio 96, referida a la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y la reglamentación de las demás agencias de colocación.

En la actualidad, existe consenso internacional en que, si bien el Estado —por medio de la Administración del trabajo— ha de mantener el monopolio sobre los servicios de empleo y controlarlos, las iniciativas públicas han de combinarse con las privadas. Así lo muestran los estudios realizados en 2004 y 2010, sobre la promoción del empleo y los instrumentos relativos al empleo a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, respectivamente (ILSE, 2015, s.p.). Entre las variadas formas que pueden adoptarse, cabe citar los servicios públicos de empleo, las agencias privadas de colocación y las empresas de trabajo temporal.

En particular, en las líneas que siguen, se abordarán las características de las dos últimas, aunque ha de precisarse que otra de las modalidades con la que se identifica la intermediación, modernamente, es la recolocación, entendida como la actividad de facilitar la obtención de un nuevo empleo a quienes resultan despedidos, como resultado de procesos de restructuración organizativa o económica en las entidades, las que asumen la contratación de aquellas empresas o agencias gestoras de las nuevas ofertas de trabajo (Doherty, 1998, s.p.).

3.1. AGENCIAS PRIVADAS DE COLOCACIÓN

Por muchos años, la colocación, como forma primordial de la intermediación, estuvo entronizada con la identificación de las agencias privadas. Incluso, los instrumentos internacionales de la OIT —antes mencionados— así lo sugerían.

La agencia privada de colocación puede ser definida como cualquier persona física o jurídica que tribute a enlazar a los trabajadores —cuya fuerza laboral se vuelve un bien transable— con las empresas usuarias o clientes, interesadas en la mano de obra que cubra sus demandas. El objeto de estas agencias es la colocación o ubicación de las personas que necesitan laborar, quienes se hallan en una bolsa de trabajo a la espera de que esa entidad les encuentre una vacante que se corresponda con las funciones que pueden desempeñar, de acuerdo con su calificación, formación y competencia. Las responsabilidades con relación a los derechos laborales mínimos, y las obligaciones derivadas del vínculo de trabajo con el empleado, corren por cuenta de la entidad usuaria, aun cuando los trabajadores

vuelvan al *ala* de la agencia de colocación, una vez que se suspenda la relación laboral, bajo las premisas estipuladas en la ley.

Estas agencias escogen a los candidatos más idóneos para cubrir la necesidad de plazas vacantes, por un tiempo indeterminado y de manera estable, en la entidad receptora, sin intervenir en el vínculo contractual entre trabajador y empleador. La intermediaria cobra una tarifa o haber por su gestión de búsqueda de personal calificado, sin ir más allá, pues la real y formal relación de trabajo se entrelaza entre empleado y el usuario, en calidad de empleador. Estos entes son gratuitos para quienes buscan empleo, pero onerosos para las entidades usuarias, que tienen que pagar por su gestión, la cual rebasa en ocasiones, con creces, la mera colocación, en tanto puede incluir la formación, la capacitación, la gestión de documentos, la verificación de información, la realización de exámenes, entre otras muchas actividades.

Normalmente, las agencias de colocación cuentan con una amplia gama de personas que buscan empleo, lo que reduce los costos de las empresas que procuran personal capacitado (en tiempo y dinero).

En el Derecho español, las agencias de colocación están previstas tanto en el sector público como en el privado, y permiten el acceso al trabajo de los desempleados, a través de la eficiente orientación y recopilación de información, lo que incluye la noción de la capacitación. Ellas se encuentran reguladas en el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, de conjunto con el Estatuto de los trabajadores, y con la hace poco estrenada Ley No. 3, de 28 de febrero de 2023, sobre el empleo.

3.2. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

En las empresas de trabajo temporal (ETT), el trabajador es contratado para efectuar sus tareas, por determinado período, en la empresa cliente, bajo la dirección de esta, lo cual supone la obligatoriedad de mantenerle los derechos que le son inalienables, entre los que destaca la seguridad y salud en el centro de trabajo. La diferencia más evidente con las agencias estudiadas es que el trabajador se vincula con la ETT, que se constituye como su empleadora, mediante contrato de

trabajo a tiempo determinado y, al mismo tiempo, ella realiza un contrato de puesta a disposición con el cliente, mediante el que se compromete a aportarle temporalmente la mano de obra necesaria y calificada. En la práctica, el trabajador pasa a tener dos empleadores. Este tipo de empresa es lo más similar a lo que en el Derecho cubano se denomina entidad empleadora (EE) y que se abordará más adelante.

El contrato de puesta a disposición se da como consecuencia de la concepción *sui generis* de la intermediación laboral en las ETT, precisamente, porque ese trabajador que ha concertado un contrato de trabajo temporal con la empresa es cedido para ocuparse de labores eventuales, de actos que están determinados por un período, para luego regresar a la ETT. Dada su particularidad contractual, en el documento deben ser aclaradas las facultades y responsabilidades que poseen ambas empresas entre sí y con relación al trabajador, que es, en definitiva, la mano de obra cedida.

En el contrato, opera el principio de causalidad en la contratación temporal, que señala que solo se puede recurrir a vínculos laborales a plazo fijo cuando las labores a realizar tienen la misma característica, o, dicho de otra manera, que la contratación temporal tendría que ser necesariamente causal y fundarse siempre en una necesidad transitoria equivalente (Ferriol Molina, 2018, p. 356).

La ETT cobra determinada cantidad a la empresa cliente, tomados en consideración los salarios de los trabajadores, pagos extras, garantía salarial, cuando las condiciones así lo ameriten, pagos a la seguridad social, y un plus por su intermediación, por lo cual es la ETT la que paga el salario del trabajador, sin que la usuaria sea deudora de remuneración alguna de forma directa hacia este.

Esta forma de búsqueda de empleo tan ágil se vislumbra como un avance en el Derecho de trabajo, al ser sinónimo de menos gestiones administrativas, por su facilidad y rapidez para cubrir puestos vacantes; sin embargo, el peligro latiente que representa para la seguridad jurídica del trabajador no debe pasar inadvertido, sobre todo, en el carácter temporal de la relación de trabajo, pues la persona no tiene estabilidad ni permanencia que le permitan sufragar sus necesidades personales y materiales, por medio de un sustento económico certero y sostenido en el tiempo. La dotación de personal está sujeta a la demanda de las empresas

oferentes para un período determinado o una actividad específica, que puede volverse cíclica. La flexibilización laboral a la que es sometido el trabajador es otro de sus puntos negativos, pues su uso continuo puede ser caldo de cultivo para abusos y desigualdades en su protección.

IV. MARCO JURÍDICO NACIONAL

El origen de la intermediación laboral en Cuba se ubica en las llamadas entidades empleadoras, surgidas a partir de la necesidad estatal de controlar el acceso al empleo en la inversión foránea, a raíz de la puesta en vigor del Decreto-Ley No. 50, de 15 de febrero de 1982, para las asociaciones económicas con capital extranjero, al efecto de garantizar que el inversor extranjero pudiera contar con el personal calificado, competente, para el ejercicio de su actividad económica, pero, a la vez, resguardar los mínimos de protección establecidos en la legislación nacional y preservar la equidad entre quienes se ocupasen en este sector, con respecto a otras ramas o sectores de la economía nacional, y a los trabajadores de otras naciones que, igualmente, fuesen autorizados a prestar servicios en ellas.

Aquella previsión, en palabras de Mustelier y Santos (2013), luego discurrió

[...] por una serie de normas cuya regulación fue en ascenso en aras de fortalecer la presencia de capital extranjero y que pudiera relacionarse con el capital cubano, con la finalidad de lograr un mayor crecimiento económico en el país; hasta llegar a la actual Ley 118 de 2014 de la inversión extranjera y el Decreto 325 de 2014 su Reglamento, sumado [sic.] a la promulgación de distintas legislaciones complementarias. (p. 121)

El marco jurídico nacional que ampara la intermediación laboral, en la actualidad, parte de la Constitución de la República (CRC), en la cual se consagran los derechos tendentes a garantizar la dignidad humana en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación, entre ellos el acceso al empleo, reconocido a cualquier persona en condición de trabajar, según su elección, calificación, aptitud y las exigencias de la economía y la sociedad, cuyo ejercicio ha de ser armonizado con el resto de las previsiones iusfundamentales,

incluida la contemplada en el Artículo 28, que promueve la inversión extranjera, como elemento esencial para el desarrollo nacional, y las referidas a las diversas formas de organización económica amparadas, tanto estatales como privadas. Aunque los artículos del 64 al 70 de la CRC desarrollan los derechos del trabajo y de la seguridad social, no se ha previsto la intermediación laboral, como tampoco se ha consignado ninguna garantía específicamente dirigida a evitar los riesgos que dicha figura puede traer aparejados para las personas trabajadoras [GOR-E, (5), 2019, pp. 75-77, 79 y 82].

Apunta Prieto Valdés (2020) que

es importante la asunción que se hace de la expresión «derechos humanos», por primera vez en el período posterior a 1959, lo que marca un cambio en las posturas político-doctrinales, como también la incorporación al texto del principio de progresividad —asentando los derechos en su carácter de irrenunciables, imprescriptibles, indivisibles, universales e interdependientes—, lo que ha de conllevar a un enfoque más plural e integrado a las posturas internacionales acerca de los mismos [sic]. (p. 12)

Razona, igualmente, la profesora que, ante la violación del mandato constitucional, el derecho de acceso a la justicia, para obtener tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos —Artículo 92—, se ha incluido entre las garantías; por tanto, no debe haber impedimento de concurrir ante los tribunales y reclamar los derechos. Debe ser una garantía para los casos en los cuales se reconocen procesos ordinarios civiles, laborales u otros, y una vía de respuesta frente a leyes y disposiciones infralegales que establezcan regímenes que solo prevean una sustanciación en la vía administrativa e impidan la intervención del judicial. Si el acceso es una garantía constitucional, ningún órgano, entidad o persona tiene derecho a impedir la tutela judicial efectiva, ni a constreñir lo que el constituyente previó. Una llamada de atención necesaria frente a las normativas que perviven en esta esfera (p. 18).

A lo anterior se suma que, de acuerdo con el Artículo 8 de la CRC [GOR-E, (5), 2019, p. 72], los tratados internacionales ratificados y en vigor para el país se integran al ordenamiento jurídico interno. Aunque la ley fundamental no define, expresamente, el catálogo de fuentes formales del Derecho ni su jerarquía, de la sistemática del texto, cabe entender que los tratados internacionales tienen un valor infracons-

titucional y supralegal, de modo que, en caso de contradicción, ellos han de prevalecer sobre aquellas disposiciones de menor rango que la CRC que se opongan a sus previsiones. En este punto, el Derecho nacional exhibe algunas tensiones con la Parte II del Convenio 96 de la OIT, ratificada desde el 3 de febrero de 1953, según la información disponible en la web de esa organización internacional. Tal cuestión amerita un análisis más detallado del que es posible realizar en estas líneas, así que, por el momento, baste su mero planteamiento.

Dando continuidad al examen del marco jurídico nacional en el tema de estudio, ha de tomarse en cuenta lo dispuesto en el Código de trabajo (CT) [GOR-E, (29), 2014, pp. 453-483]. Si bien no existe un servicio público de empleo, esta función es asumida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como máximo responsable de la política de empleo, por medio de sus estructuras, en particular, las direcciones municipales de Trabajo y Seguridad Social, en las cuales las entidades del municipio deben radicar las plazas vacantes de que dispongan, las que, luego, se ofertan como ubicaciones laborales a los recién egresados de la enseñanza técnica o universitaria, las personas trabajadoras con discapacidad, los sancionados que cumplen penas o beneficios de excarcelación en libertad, u otros aspirantes que acudan a esas dependencias en busca de empleo —artículos 21 y 76, entre otros (pp. 457 y 465).

Tal mecanismo constituye la red pública estatal más grande a nivel nacional en función de gestionar el acceso al empleo. Ellas garantizan, mediante un plan nacional, desagregado en todos los niveles, la inserción laboral de los graduados de la educación profesional y técnica. Además, las direcciones antes mencionadas mantienen el control de los procesos de disponibilidad laboral que desarrollan las entidades de sus demarcaciones respectivas —denominación que reciben en Cuba los procedimientos que implican despidos colectivos, debido al reordenamiento de la fuerza de trabajo, por cambios estructurales, económicos u organizativos— y colaboran en la reubicación de los trabajadores disponibles.

Junto a esta actividad de intermediación que pudiera identificarse como un servicio público de empleo, el CT contiene otros ejemplos, ya no a cargo de la Administración del trabajo (en sentido estricto). Vgr., el Artículo 4 —destinado a concretar el ámbito de aplicación de la disposición—, en su segundo párrafo, alude a «las relaciones de tra-

bajo en Cuba, de las personas que previa autorización, laboran fuera del territorio nacional, salvo que en la legislación especial o convenios bilaterales se establezca otro régimen para ellos» [GOR-E, (29), 2014, p. 454]. La hipótesis normativa deja claro que no se refiere a quienes, por su propia gestión, suscriben un contrato de trabajo con un empleador extranjero, sino a quienes lo hacen al amparo de una autorización o de un convenio, es decir, a los colaboradores que prestan servicios fuera del país, quienes, normalmente, están sujetos a lo que se acuerde entre un organismo de la Administración Central del Estado o una entidad nacional (según la rama o el sector de la economía) con la parte extranjera. De modo que ahí se realiza una actividad de intermediación laboral que no cuenta con la regulación mínima indispensable para garantizar la protección de la fuerza de trabajo que provee y que, siguiendo el principio *lex loci laboris* quedará sujeta al Derecho sustantivo laboral del país de destino.

El Artículo 8 del CT contiene una regulación sumamente trascendente en el tema que se analiza. El precepto establece que:

En las modalidades de la inversión extranjera, sucursales y agentes de sociedades mercantiles extranjeras radicadas en Cuba se cumple en materia de trabajo, lo establecido en este Código y su legislación complementaria, con las adecuaciones que establezca la Ley de la inversión extranjera y las disposiciones legales a tales efectos. (p. 455)

Ello encuentra correlato en el Artículo 27 de la Ley de la inversión extranjera (LIE) [GOR-E, (20), 2014, p. 184] que remite al cumplimiento de la legislación general con las adecuaciones que la propia disposición establezca. La primera consecuencia de lo anterior es que la EE —considerada en el Artículo 2 i) de la ley como «aquella entidad cubana con personalidad jurídica facultada para concertar con una empresa mixta o de capital totalmente extranjero, un contrato mediante el cual facilite a solicitud de esta los trabajadores necesarios, quienes conciertan sus contratos laborales con dicha entidad»— asume el rol de empleador, de acuerdo con la definición que ofrece el Artículo 9 b) del CT [GOR-E, (29), 2014, p. 455] y, por consiguiente, deberá cumplir todos los deberes inherentes a esa condición.

Otra consecuencia, de alta relevancia, estriba en que esa regulación supone un límite a la capacidad negocial de las partes, al concertar

el contrato de suministro de fuerza de trabajo, con independencia de los contenidos particulares que este ha de tener, según la LIE, pues en ningún caso podrán mermar o disminuir los derechos mínimos reconocidos a favor de todos los trabajadores en la legislación de alcance general. Ello sirvió de fundamento a un pronunciamiento, relativamente reciente, de la Sala del Trabajo y de la Seguridad Social del Tribunal Supremo Popular, en el que se reconoció el derecho de un trabajador de una empresa mixta a percibir el pago adicional en concepto de maestría que no se le remuneraba por la entidad empleadora, debido a que no había sido contemplado entre las cláusulas salariales del contrato de suministro de fuerza de trabajo (Sentencia No. 20, de 29 de diciembre de 2023).

La EE funciona como una ETT, aunque no llega a adquirir ese nombre. Ella se convierte en el empleador temporal de los trabajadores que cede para realizar labores en las modalidades de inversión extranjera admitidas —empresas mixtas y empresas de capital totalmente extranjero, no así en los contratos de asociación económica internacional, en los que la contratación corre por cuenta de la parte cubana, según el Artículo 30.2 de la LIE [GOR-E, (20), 2014, p. 184]. La entidad receptora ejerce facultades de dirección y control, pero el poder sancionador permanece en la EE.

Otra connotación que contradice el pensamiento doctrinal foráneo es la denominación y praxis del contrato que se suscribe entre las empresas, pues mientras en la puesta a disposición concurre el principio de causalidad como eje de la contratación temporal, en el de suministro de fuerza de trabajo subsiste la idea de la estabilidad laboral: el contrato puede durar lo que persista la inversión extranjera en suelo patrio, con lo cual adquiere un matiz de indeterminación, aunque formalmente no tenga este carácter.

El contrato de suministro de fuerza de trabajo se formaliza por escrito y debe contener, mínimamente, lo dispuesto en el Artículo 15 de la Resolución No. 33 de 2020 [GOR-E, (69), 2020, p. 619]: a) Identificación de las partes; b) objeto, que especifica cargos, cantidad de trabajadores, características personales que se exigen en el desempeño de determinados cargos, entre otros aspectos; c) término para el suministro de la fuerza de trabajo y de la sustitución, cuando corresponda; d) duración del período a prueba; e) pago por el servi-

cio realizado; f) las normas de conducta y disciplina que debe cumplir el trabajador; g) causales de devolución o sustitución del trabajador; h) causales de interrupción laboral y el pago como mínimo de un mes por el suministro de la fuerza de trabajo para el pago de la garantía salarial a los trabajadores interruptos; i) obligaciones de los contratantes en el cumplimiento de lo dispuesto en este Reglamento y la legislación de trabajo vigente; j) responsabilidad por incumplimiento de sus cláusulas; k) duración y revisión; y l) fecha en que comienza a regir. De acuerdo con las características de la empresa y del trabajo a realizar, las partes pueden incorporar otros elementos que no se opongan a la ley.

No se desconocen las ventajas que las EE proporcionan para la preservación de los derechos de trabajo y seguridad social que les son inherentes a las personas en su condición de trabajadoras; sin embargo, entre sus puntos negativos, se destacan que el trabajador no llega a percibir el sueldo generado por su trabajo en la empresa usuaria de manera íntegra, pues, a pesar de que el pago inicial a la entidad empleadora se realiza en divisas u otra moneda de referencia internacional, el salario se retribuye en pesos cubanos, lo que puede desestimular al empleado, al no percibir económicamente el beneficio esperado. Habrá que revisar la conveniencia de mantener las razones de equidad que hasta el momento han servido de fundamento a esa determinación o si debe imponerse el principio de diferenciación salarial, consustancial al de distribución socialista.

Desde posturas contractualistas, que ensalzan la autonomía de la voluntad, en desmedro de los intereses sociales, se ha criticado duramente esta regulación, la cual ha llegado a ser vista como un desestímulo para la inversión extranjera, por limitar la capacidad contractual del inversor extranjero para incorporar directamente a sus trabajadores y pactar con ellos, en la forma que estime más conveniente (Mercader Uguina, 2014, pp. 443-455); sin embargo, no puede desconocerse que ello se inspira en la necesidad de preservar las bases tutelares del Derecho del trabajo nacional y la equidad que fundamenta el proyecto de desarrollo social.

La intermediación laboral aparece, a su vez, en el Decreto-Ley No. 384 de 2019, sobre la contratación de trabajadores para prestar servicios en las representaciones extranjeras [GOR-O, (85), 2019, pp. 1829-1830], disposición en la que se prevé la intervención de las EE para

la contratación de quienes laboran en las radicadas en el territorio nacional. Se exceptúan los trabajadores por cuenta propia que comercializan sus productos y servicios con ellas, mediante un contrato económico. Esta regulación deja demasiado contenido a la interpretación.

Otro de los casos de intermediación que aflora en la legislación nacional es el referente a los trabajadores del mar. De conformidad con la Resolución No. 467, de 5 de diciembre de 2019, del ministro de Transporte, «Reglamento para la contratación de la gente de mar para prestar servicios con compañías navieras o armadores extranjeros» [GOR-O, (48), 2020, pp. 1522-1526], la empresa Selecmar, integrada al Grupo Empresarial del Transporte Marítimo Portuario, interviene como gestora de la contratación, para asegurar el alistamiento del marino, de acuerdo con los requisitos nacionales e internacionales, pero el empleador es el armador extranjero. Entre el marino y Selecmar se concierta un contrato de *prestación de servicios* (de naturaleza onerosa); Selecmar y el armador extranjero conciernen uno de agencia; mientras el marino y el armador o naviero, uno de enrolo. En criterio de la autora, ello prácticamente convierte al intermediario en una agencia retribuida de colocación, en contraposición al compromiso asumido en el Convenio 96 de la OIT, reintegra la protección laboral al ámbito de lo civil-mercantil y desnaturaliza el vínculo de trabajo, con la desprotección implícita en ello.

Resulta válido, en este punto, acudir a la Recomendación 198 de la OIT —Epígrafe I, ordinal cuarto, inciso b)—, de conformidad con la cual existe una relación de trabajo encubierta

cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho. (ILSE, 2015, s.p.)

Pero existe una faceta del asunto aun más dramática. Tristemente, en la realidad cubana, están proliferando conductas impropias que, si bien abanderan un servicio privado de gestión de empleo, carecen de formas protecciónistas a los derechos de las personas trabajadoras que se ponen voluntariamente en esa tesitura. Los agentes privados trabajan al margen de la ley, sin garantía alguna para los trabajadores,

a quienes cobran por sus servicios e, incluso, en ocasiones, bajo un manto de legalidad.

Hoy, es espacio común en las redes sociales la divulgación de servicios de empleos que prestan autodenominados *agentes* y *agencias*, a cambio de una remuneración por quien pretenda beneficiarse de sus gestiones. Las promesas son muy variadas, con frecuencia residen en la colocación en empresas privadas, sin que se formalice ningún vínculo entre el intermediario y quien acude a él, y sin responsabilidad a cargo de aquel. Esta es una de las facetas preocupantes del ámbito que ha venido ganando la informalidad laboral. Algunas de esas *agencias*, por ejemplo, bajo la forma de una sociedad mercantil de responsabilidad limitada, dada la cobertura que ofrece el marco legal de las micro-, pequeñas y medianas empresas, se convierten en vampiras del presupuesto estatal, en la medida en que dirigen sus ofertas hacia actividades deficitarias de este sector. Repárese, si no, en el anuncio que sigue:



- Esta sociedad (Meireles & Asociados) recluta contadores (o economistas, auditores..., en fin, personal especializado) con experiencia en el sistema contable Versat Sarasola, y ofrece sus servicios a entidades estatales, esas que, muy probablemente, tienen los mismos cargos vacantes, por la diversidad de razones que influyen en el éxodo o la fuga de ese personal (insuficiente remuneración, condiciones de trabajo inadecuadas, sobrecarga laboral, descontrol, entre otras).

- ¿Qué hace en realidad? Actuar como intermediaria de fuerza de trabajo; recluta a las personas competentes y se las proporciona a una entidad usuaria, bajo la faz de un contrato mercantil, le cobra a esta una suma cuantiosa y, luego, retribuye a quien presta el servicio.

• ¿Cuál es la fuente de sus ganancias? Lamentablemente, en muchos casos, el presupuesto del Estado, que financia, o de una empresa estatal, que cumple un fin social.

Como este, otras publicaciones ocupan cada día el entorno virtual:



Tales ejemplos desvirtúan lo sostenido por Menoya (2022), en el sentido de que

en el contexto cubano actual no existen formas privadas ni mixtas destinadas a la intermediación laboral. Hasta el día de hoy los mecanismos oficiales existentes en el país para facilitar la búsqueda de empleo son eminentemente públicos y no todos pueden ser estrictamente considerados como entes intermediadores. Desde el punto de vista institucional cumplen con estas funciones las direcciones de Trabajo municipales y provinciales y las referidas entidades empleadoras de los organismos que las tienen autorizadas como bolsas. Estas últimas básicamente brindan servicios de captación, evaluación y selección de personal para todo tipo de empleo y contratación de la mano de obra. (p. 84)

En síntesis, no se encuentra en el ordenamiento jurídico nacional una regulación armónica que conceptualice la intermediación laboral, la paute y la controle. La actividad de las EE aparece en disposiciones jurídicas variadas, aplicables a ámbitos diversos, con mayor precisión en el caso de la inversión extranjera. Por consiguiente, se requiere de un nuevo marco jurídico que dé cobertura a la intermediación laboral, de forma general. La gestión privada de empleo ha de ser posible, pero sujeta a la autorización de la Administración del trabajo, para determinadas actividades o sectores (nunca en la educación, la salud, el comercio normado y otras altamente sensibles), con apego a requisitos (entre ellos, la gratuidad) y mecanismos eficientes de control, incluida la inspección del trabajo, a fin de prevenir que tales sujetos no se conviertan en agencias retribuidas de colocación. La solicitud del interesado siempre debiera ser fundada (alcance de su labor, cantidad estimada de trabajadores que podrá ocupar, área sectorial en la que va a desempeñarse, recursos con que cuenta para el desarrollo de su labor —humanos, financieros y materiales—, entre otros elementos de interés para asegurar que los derechos de los trabajadores no se vean disminuidos). También, sería recomendable que, una vez autorizado el ejercicio de la intermediación, se inscriba al prestatario en un registro habilitado al efecto, de carácter público, como imponen las reglas de la transparencia, y que se establezcan mecanismos de monitoreo y control sobre la actividad, tales como, informes de resultados,

inspecciones u otros que permitan asegurar que el intermediario no se aparte de los fines sociales que persigue.²

IV. CONCLUSIONES

La intermediación laboral se concibe como un mecanismo para conectar la demanda de fuerza de trabajo con la oferta y, si bien en sus orígenes tuvo un carácter privado y oneroso, pronto pasó a estar bajo el monopolio público, al abrigo de las políticas dirigidas a fomentar el acceso al empleo, actualmente incorporadas a la Agenda de trabajo decente de la OIT.

En el presente, se consideran adecuados los modelos capaces de combinar, armónicamente, las iniciativas públicas con las privadas.

La legislación cubana reconoce varias formas de intermediación laboral. A la par del servicio público que presta el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en sus diferentes instancias, adquieren protagonismo las entidades empleadoras, que suministran fuerza de trabajo a las modalidades de la inversión extranjera autorizadas y a las representaciones extranjeras radicadas en el país.

Los cambios económicos, sociales y jurídicos que se han producido en la nación han favorecido el surgimiento de intermediarios informales, capaces de acarrear nocivas consecuencias en cuanto a la protección de los derechos de las personas trabajadoras.

Urge que el Derecho del trabajo patrio genere un marco jurídico general para la regulación de la intermediación laboral, en el que se consideren todas las formas que esta puede adoptar, así como los requisitos a que han de estar sujetas y los efectos de su gestión, a tono con los compromisos internacionales asumidos por el Estado.

² No obstante el criterio defendido por la autora, en sintonía con las manifestaciones que está teniendo la intermediación laboral privada en el contexto nacional, el legislador ha optado por su interdicción. En el momento en que se editaba este artículo, vio la luz el Decreto-Ley No. 107, de 2 de agosto de 2024, en el que se prohíbe, expresamente, la realización de actividades de empleo (Anexo, Sección M, número 85). (Nota de edición).

V. REFERENCIAS

- Caldera, R. (1979). El intermediario en el Derecho laboral. En *Estudios sobre Derecho individual del trabajo en homenaje al profesor Mario Devealí*. Heliasta.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Comité Central del Partido Comunista de Cuba. (Junio, 2021). Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista y Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución. www.pcc.cu
- Decreto-Ley No. 384, «Sobre la contratación de trabajadores para prestar servicios en las representaciones extranjeras». (Noviembre 6, 2019). *GOR-O*, (85), 1829-1830.
- Doherty, N. (1998). *The role of outplacement in redundancy management*. Cranfield University.
- Fernández Toledo, A. (Junio, 2018). La lupa sobre la relación jurídica de trabajo en Cuba. *Justicia y Derecho*, (30), 54-72.
- Ferriol Molina, G. (2018). *Derecho del trabajo, su actualización: ¿renovación, modernización o refundación?* Ediciones ONBC.
- Fondo de Naciones Unidas para el Desarrollo. (2019). Plan nacional de desarrollo económico y social hasta 2030. PNUD-Cuba.
- ILSE: Biblioteca electrónica sobre las normas internacionales del trabajo. (2015). www.ilo.org
- Krotoschin, E. (1978). *Tratado práctico del Derecho de trabajo* (vol. 1). Depalma.
- Ley No. 116, «Código de trabajo». (Junio 17, 2014). *GOR-E*, (29), 453-483.
- Ley No. 118, «Ley de la inversión extranjera». (Abril 16, 2014). *GOR-E*, (20), 177-189.
- Decreto No. 325, «Reglamento de la Ley de la inversión extranjera». (Abril 16, 2014). *GOR-E*, (20), 189-202.
- Menoya Zayas, S. (2022). La intermediación laboral en Cuba. Consideraciones críticas sobre su aplicación pasada,

- presente y futura. En Lam Peña, R. J. (Coord.). *El Derecho del trabajo. Apuntes para una teoría crítica desde Cuba*. Olejnik.
- Mercader Uguina, J. R. (2014). Los derechos laborales en Cuba frente a la Ley de la inversión extranjera. *ASCE*, 443-455. <https://ascecubadatabase.org>
- Montoya Melgar, A. (1987). *Derecho del trabajo* (8.^a ed.). Tecnos.
- Mustelier Suárez, M. y Santos Domínguez, G. C. (2013). La entidad empleadora como garante de los derechos laborales en la inversión extranjera. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4(8), 121-131. <https://doi.org/10.5354/0719-7551.2013.42760>
- Pérez Botija, E. (1955). *Derecho del trabajo* (4.^a ed.). Tecnos.
- Prieto Valdés, M. (Abril 25, 2020). La Constitución cubana de 2019: nuevos contenidos y necesidades. *Universidad de La Habana*, (289), 3-23. <http://scielo.sld.cu/pdf/uh/n289/0253-9276-uh-289-3.pdf>
- Resolución No. 33 de 2020, ministra de Trabajo y Seguridad Social, «Régimen laboral en la inversión extranjera». (Diciembre 10, 2020). *GOR-E*, (69), 616-621.
- Resolución No. 467, ministro de Transporte, «Reglamento para la contratación de la gente de mar para prestar servicios con compañías navieras o armadores extranjeros». (Julio 9, 2020). *GOR-O*, (48), 1522-1526.
- Tribunal Supremo Popular, Sala del Trabajo y de la Seguridad Social. (Diciembre 29, 2023). Sentencia No. 20, Expediente de revisión 302 de 2022.
- Sobrino González, G. M. (2006). *La política de colocación*. Bomarzo.
- Toyama Miyagusuku, J. (2008). Tercerización e intermediación laboral: diferencias y tendencias. *Revista de Derecho de Sociedad*, (30), 84-103. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17332>
- Toyama Miyagusuku, J. (2009). La intermediación laboral: Regulación y sus relaciones con la tercerización. En *Los*

principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. (2.^a ed.), 501-528. Gríjley.

Villavicencio Ríos, A. (2004). La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico. *Ius et Veritas*, 14(29), 143-156. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11737>

LA PREVENCIÓN DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL EN LÍNEA

THE PREVENTION OF ONLINE CHILD SEXUAL ABUSE

■ **Lic. YENEY VALIDO ANDRÉS**

Jueza profesional, Tribunal Provincial Popular de La Habana;

profesora instructora, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0000-0003-4128-2019>

yeneyvalidoandres@gmail.com

Resumen

El abuso sexual infantil es un fenómeno creciente que tuvo un evidente aumento durante el COVID-19, dado que los niños se mantuvieron un mayor tiempo en interacción con internet. El fenómeno se torna complejo, dado que existe una amplia distribución de imágenes y audiovisuales con contenido sexual que son divulgados, diariamente, en las redes sociales, a los que los niños tienen acceso sin la supervisión de adultos. Además, han adquirido virtualidad prácticas como el *grooming*, en las que el agresor, a través de las redes sociales y con el fin de lograr su propósito malsano, se presenta como un amigo, que se encuentra en el mismo rango etario de la(s) víctima(s). A partir de lo anterior, el presente trabajo intenta sistematizar los presupuestos teóricos y jurídicos para la prevención del abuso sexual infantil en línea.

Palabras clave: Abuso sexual infantil; redes sociales; prevención; personas menores de edad; víctimas.

Abstract

Child sexual abuse is a growing phenomenon that had a clear increase during CO-VID 19, as children spent more time interacting with the internet. The phenomenon is complex given that there is a

wide distribution of images and audiovisuals with sexual content that are disseminated daily on social networks, to which children have access without adult supervision. In addition, practices such as grooming, in which the aggressor, through social networks and in order to achieve his or her unhealthy purpose, presents himself or herself as a friend, who is in the same age range as the victim(s), have become virtual. Based on the above, this paper attempts to systematise the theoretical and legal assumptions for the prevention of online child sexual abuse.

Keywords: Child sexual abuse; social networks; prevention; children; victims.

Sumario

I. Introducción; II. Contenido del abuso sexual infantil; III. El abuso sexual infantil en línea; IV. Regulación en la legislación penal vigente; V. Pautas para la prevención; VI. Conclusiones; VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son una parte importante de la vida del ciudadano promedio y, poco a poco, la línea que separa el mundo físico del virtual va desapareciendo. En el caso de niños, niñas y adolescentes (NNA), el uso comienza cada vez más temprano. Los beneficios de las TIC son numerosos; sin embargo, se debe ser conscientes de los riesgos que pueden presentarse para utilizarlas de manera segura y responsable. Con una educación dirigida a la prevención en el uso de internet, se pueden evitar situaciones de riesgo, como es el caso del abuso sexual infantil (ASI).

Villacampa (2014, p. 32) asegura que el abuso sexual (AS) *online* ha aumentado exponencialmente en la última década. Por lo general, se apela a las características que tiene la red para favorecer la realización de actividades delictivas, las oportunidades que brinda el tiempo disponible y la posibilidad que tiene el comisor de enmascarar su auténtica identidad tras perfiles falsos, con lo cual se acerca a los menores, cual si él tuviese su misma edad.

Aspectos como que la red favorece una comunicación más desinhibida entre las personas, sin importar el lugar en que estas se hallen ni el horario, y que ofrece la posibilidad de crear un «yo electrónico», que no tiene que parecerse al «yo real», pueden favorecer que internet sea el espacio elegido por los depredadores sexuales para actuar.

De esta forma, a pesar del vertiginoso uso de las redes sociales por NNA, se le sigue prestando mayor atención a la práctica del AS a través del contacto físico entre el agresor y la víctima, sin tener en cuenta que este, también, acontece en el entorno digital, lo cual complejiza su persecución penal y trae consigo la necesidad de implementar medidas en las familias, para su prevención.

En concordancia, la pertinencia científica del presente estudio se justifica por medio de dos elementos: el estado de la ciencia y los antecedentes investigativos. Con respecto al primero, se destacan dos posturas fundamentales relacionadas con el ASI en línea. Una, vinculada a su dependencia estructural con el AS con contacto físico, es decir, entendido como una antesala del encuentro presencial, en el que se materializará el abuso; la otra defiende la autonomía de esta figura y, con ello, las consecuencias nefastas que puede generar para NNA.

Los antecedentes investigativos se desarrollan desde dos niveles: el internacional y el nacional; en ambos, se ha de partir de que, si bien el estudio del ASI ha sido ampliamente debatido, su apreciación en el entorno digital no ha tenido el desarrollo requerido. Internacionalmente, se destaca Tamarit (2018, pp. 10-31), quien aborda lo relacionado con el fenómeno desde la óptica de la revictimización de NNA, sin llegar a sentar pautas para la prevención; mientras que, dentro de fronteras, Castellano (2021, pp. 31-48) estudia el ASI en todos los medios, incluido el digital, pero desde la arista de la psicología, sin ofrecer, en consecuencia, una noción jurídico-penal de la cuestión, ámbito este que requiere ser perfeccionado, de cara al mejor tratamiento de la temática. De manera que el problema científico abordado en el estudio gira en torno a qué medidas tomar para la prevención del ASI en línea en Cuba.

Como hipótesis se plantea que las principales medidas para tal prevención recaen en el ámbito familiar, espacio en el que los cuidadores deberán evitar la sobreexposición de NNA a internet desde edades tempranas y, especialmente, estrechar la comunicación en-

tre padres e hijos, con el fin de detectar los indicadores del ASI y, con ello, evitar la materialización de abuso.

Entre los objetivos específicos del trabajo están:

1. Sistematizar los presupuestos teóricos del ASI en línea.
2. Examinar su regulación en Cuba.
3. Proponer medidas para la prevención del ASI en línea en Cuba.

El trabajo se enfoca en sentar las pautas para la prevención del ASI, pero, específicamente, vinculado al fenómeno *online*. Para lograr los objetivos expuestos, se emplearon métodos teóricos y empíricos. Entre los primeros, el de análisis y síntesis, en aras de descomponer el objeto de la investigación en los diferentes elementos que lo integran, para dar paso a una visión general sobre el ASI y su presencia en línea y, luego, sentar las pautas para su prevención; el exegético-analítico, para valorar la legislación nacional, específicamente las leyes sustantivas, a fin de evaluar el tratamiento que se le brinda al tema. Entre los segundos, el análisis de contenido, que permite comprender la bibliografía que tributa al tópico estudiado, extraer ideas y patrones significativos de las categorías empleadas y su contextualización, validar y ampliar las teorías existentes, al tiempo que resumir y sintetizar la información. Como técnica, se aplicó el fichaje, a partir del cual se triangularon las fuentes bibliográficas, lo que permitió contar con información imprescindible y actualizada.

Al final, se logra sistematizar los presupuestos teóricos del ASI en línea, examinar su regulación en Cuba y proponer las pautas para su prevención.

El trabajo se inserta en el proyecto de investigación institucional (Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana), denominado «Aspectos criminológicos, sustantivos y procesales de la implementación de la reforma penal en Cuba».

II. CONTENIDO DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL

El ASI que se consuma *online* tiene características similares al que se produce *offline*, por lo cual se abordan, inicialmente, las características generales de este último.

Siguiendo a Lago y Céspedes (2022, p. 15), el AS se define como la utilización de NNA, con la finalidad de satisfacer o gratificar sexualmente a un adulto o varios, y se puede dar en la familia.

De la anterior definición, es posible comprender la clasificación del AS en intrafamiliar y extrafamiliar, lo cual dependerá de la relación que exista entre el agresor y la víctima. Así, en el primer caso, el agresor conforma el núcleo familiar de la víctima, mientras, en el segundo, se trata de una persona que no posee lazos sanguíneos ni afectivos con el (la) NNA, pero forma parte del entorno en el que este se desenvuelve.

De igual forma, se plantea que «el abuso sexual es considerado cualquier clase de contacto sexual de un adulto con un niño o niña, donde [sic.] el primero posee una posición de poder o autoridad sobre el niño o niña [sic.]» (Bagnasco y Gelso, 2022, p. 10).

La «Norma general técnica para la atención de víctimas de violencia sexual» (Resolución exenta 3849, 2016) apela a la expresión *violencia sexual*, para hacer referencia al ASI:

El contacto o interacción de un niño, niña o adolescente [sic.] en actividades sexuales no acorde [sic.] con su nivel evolutivo, es decir, al desarrollo emocional, cognitivo o social esperado para su edad. La violencia sexual puede ocurrir con o sin contacto físico, mediante conductas que van desde provocaciones verbales hasta violencia con penetración anal, vaginal o bucal. (p. 12)

Díaz (2022) define el AS como «la implicación de los niños en actividades sexuales, para satisfacer las necesidades de un adulto» (p. 49) y destaca que sus modalidades pueden ser con contacto físico o sin él.

En estas definiciones se agrega un elemento importante; generalmente, se suele entender el abuso como un contacto físico sexual, cuando, en realidad, existen modalidades en las que no se producen secuelas físicas.

Finkelholt y Redfield (1984) consideran que el ASI es

cualquier contacto sexual entre un adulto y un niño sexualmente inmaduro con el propósito de la gratificación sexual del adulto; o cualquier contacto sexual de un niño por medio del uso de la fuerza, amenaza o engaño [sic.] para asegurar la participación

del niño; o el contacto sexual donde [sic.] el niño es incapaz de consentir por virtud de la edad o por diferencias de poder y por la naturaleza de la relación con el adulto. (p. 50)

La Observación general No. 13, del Comité de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, «Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia» (ONU, 2011), establece que

el abuso sexual es toda actividad sexual impuesta por un adulto a un niño que se encuentra regulada por el Derecho penal. También se consideran abuso las actividades sexuales impuestas por un niño a otro, si el primero es considerablemente mayor que la víctima o utiliza la fuerza, [las] amenazas u otros medios de presión. Las actividades sexuales entre niños no se consideran abuso sexual cuando los niños superan el límite de edad establecido por el Estado parte para las actividades sexuales consentidas. (p. 11)

Por lo planteado, para que el AS tenga cabida, deben existir diferencias en cuanto a la edad de la víctima y del agresor.

Los autores y las legislaciones citados coinciden en los parámetros que definen el ASI, entre los que se destacan la relación de desigualdad o asimetría de edad entre el agresor y la víctima, la utilización de NNA en prácticas sexuales de cualquier índole —no siempre se requiere el contacto físico de uno y otro— y el uso de técnicas coercitivas por el autor del delito, quien busca convencer al niño por medio de amenazas, manipulación o seducción.

Además, el ASI se basa en la comisión de actos sexuales con NNA, sin consentimiento, porque este ha sido denegado o no puede ser emitido, válidamente, debido a la edad que posee el infante. A la par de ello, como se ha planteado, el mero hecho de la asimetría de edad configura un AS, de lo que sigue que las relaciones sostenidas entre personas menores de edad, en las que se dé esa diferencia, también, son constitutivas de ASI.

Sobre este fenómeno, se han asentado diferentes ideas preconcebidas que constituyen mitos y estereotipos, producto del desconocimiento respecto a su concurrencia. Además, se impone el análisis de los diversos elementos que lo integran.

—*Mitos, estereotipos, efectos y fases del abuso sexual infantil*

Según Serguera (2021, p. 25), entre los mitos y estereotipos respecto al ASI se encuentra la creencia de que: es infrecuente; ocurre en niñas, pero no en niños; existen más abusos que antes; el agresor es un enfermo psiquiátrico; ocurre asociado a situaciones especiales, como la pobreza; NNA(s) mienten cuando aseguran un hecho como este, son culpables o pueden evitarlo; la familia siempre denuncia; y, casi siempre, hay violencia física, o no es obligatorio denunciar estos delitos.

También, existen ideas preconcebidas, como es el caso de que el trauma en un niño víctima de AS perdura para siempre, cuando el grado de afectación varía, en dependencia de las características y la edad de la víctima, toda vez que niños menores de tres años no siempre detectan el abuso.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (p. 50) ha resumido diferentes prejuicios de género que giran en torno a este flagelo; tal es el caso de la creencia de que es necesario dar más credibilidad al relato brindado por un niño que por una niña, bajo el supuesto de que esta situación es más traumática para ellos; la consideración de que el(la) NNA abusado(a) puede adquirir una preferencia sexual homosexual, mientras que las niñas pueden tener una vida promiscua o temor a relacionarse con personas del sexo opuesto. Asimismo, en el caso de niñas o mujeres adolescentes que han sufrido AS, se tiende a culparlas por la experiencia vivida, debido a que se piensa que son ellas quienes seducen o provocan a los agresores.

Según lo planteado en la «Guía clínica de atención a niños, niñas y adolescentes menores de 15 años víctimas de abuso sexual» (UNICEF, p. 45), uno de los factores principales que incide en las consecuencias del abuso es la edad del niño. Si la experiencia abusiva se desarrolla en momentos muy tempranos del desarrollo (etapa prescolar), debido a que esta persona cuenta con un repertorio limitado de recursos psicológicos, puede mostrar estrategias de negación y comunicación, con síntomas tales como: trastornos de la evacuación, del sueño, la alimentación, regresión, entre otros efectos.

De acuerdo con el propio documento, en los(as) niños(as) un poco mayores (etapa escolar) son más frecuentes los sentimientos de culpa y vergüenza, mientras que en la adolescencia el abuso presenta una característica distintiva: la comprensión cabal del abuso y sus impli-

caciones, por lo cual son frecuentes las conductas autodestructivas, como huir de casa, abusar de alcohol o drogas, e incluso, intentar el suicidio o incurrir en conductas delictivas.

La Guía..., en resumen, considera que los efectos, también, varían en concordancia con el género de las víctimas de abusos sexuales, puesto que se observa que las niñas tienden a presentar reacciones ansiosodepresivas y los niños, fracaso escolar, dificultades de socialización, consumo problemático de drogas, comportamientos sexuales agresivos y/o conductas disruptivas.

Glaser y Frosh (1997, p. 254) establecieron que existe una gran variabilidad en la naturaleza y extensión del estrés psicológico que experimentan NNA. El impacto del ASI, la sintomatología y las patologías que este puede producir son variadas y, muchas de ellas, no se presentan de inmediato. Los efectos dependen de las características iniciales de NNA antes del abuso, incluidos sus recursos emocionales y sociales, lo que implica factores de riesgo y protectores.

El AS se desenvuelve en varias fases: *la de seducción*, en la que el abusador establece una relación más cercana con la víctima; *la de interacción abusiva o abuso propiamente dicho*, que incluye la exhibición de los genitales por parte del comisor, los tocamientos a la víctima, la masturbación, la penetración vaginal, anal u oral; *la de divulgación*, cuando se da a conocer el abuso; *la de represión y/o retractación*, en la cual el abusador impone su poder sobre la víctima y sobre quienes la apoyan, para desmentir el abuso; y, finalmente, *la de protección y reparación del daño*, tanto de las víctimas y sus familias como del victimario, en términos de la rehabilitación.

Estas etapas están en concordancia con lo que Summit —citado por Glaser (1997, p. 254)— acuñó como *síndrome de acomodación al abuso sexual infantil*. En tal sentido, el autor describe cinco elementos: el secreto, la desprotección, el atrapamiento y la adaptación, la revelación tardía y poco convincente, y la retractación. Los dos primeros constituyen la vulneración por la que atraviesa el(la) NNA víctima de este tipo de delitos y los restantes son secuelas o efectos de la agresión sexual.

III. EL ABUSO SEXUAL INFANTIL EN LÍNEA

Durante la pandemia de Covid-19, se incrementaron considerablemente las cifras de ASI. Esto se debe a que, con mucha frecuencia, este es perpetrado por familiares o personas del entorno familiar y, con la pasada crisis sanitaria, se cerraron las escuelas y se evitó el desplazamiento de las personas; por ende, los niños se vieron obligados a quedarse en la casa y, en ocasiones, al cuidado de personas cercanas, quienes acudían al abuso en ausencia de los padres (Carlis, 2019, pp. 38-45).

A la par de ello, según el estudio realizado por Rojas (2023, pp. 1-31), en este período, los niños estuvieron más tiempo en línea, razón por la cual también se incrementaron, significativamente, las cifras de AS utilizando las redes sociales, como medio idóneo para cometer el delito. A partir de casos costarricenses, se llegó a la conclusión de que las cifras de abusos sexuales a través de las redes sociales se incrementaron un 20% en 2020.

De acuerdo con Tamarit (2018, p. 31), la cibervictimización sexual ha sido concebida, de modo más o menos explícito, bien como antesala de la victimización *offline* o bien como un fenómeno totalmente distinto de esta. Ejemplos de lo primero son los estudios sobre el *grooming*, que es percibido como un acto preparatorio de un posterior abuso sexual. Dicha autora realizó un análisis empírico, con una muestra de 3879 adolescentes de entre 12 y 17 años, en la cual concluyó que un 40% de ellos había experimentado alguna forma de cibervictimización de carácter sexual.

Así, en la mayoría de los conceptos que se brindan sobre el ASI —algunos de ellos expuestos *supra*— se habla de la existencia de un contacto corporal entre el agresor y la víctima; sin embargo, se soslaya que estas conductas pueden ocurrir, asimismo, en el entorno digital, con lo cual se le resta connotación a ese espacio, en el que se dan formas autónomas de abuso, sumamente nocivas para las víctimas.

Siguiendo a Fiororova (2023, pp. 10-21), se pueden identificar alrededor de seis formas de AS que se ejecutan en línea, aunque ha de advertirse que los modos de comisión se han ido diversificando, por lo cual, en la actualidad, pueden darse otros que difieran de los destacados. Estas prácticas fueron resumidas, íntegramente, en el informe realizado por la organización *Save the Children* sobre la violencia con-

tra la infancia y la adolescencia en el entorno digital (Sanjuán, 2019, pp. 11-23). Tales formas son:

- El *sexting*: resultado de la contracción de sex (sexo) y *texting* (envío de mensajes), se utiliza para denominar el intercambio de mensajes o material *online* con contenido sexual. Esta práctica se ha implementado, fundamentalmente, por los adolescentes, quienes comparten imágenes u otros contenidos de carácter sexual. El *sexting* entre adolescentes, si media el consentimiento, no es, por sí mismo, una forma de ASI, aunque no se niega que es una conducta con un alto riesgo, por la posible difusión del contenido de las fotos o archivos. En cambio, hay ASI en los *sexting* pasivos y sin consentimiento, pues el(la) NNA recibe imágenes o requerimientos sexuales de un desconocido.
- La *sextorsión*: representa una contracción de las palabras *sexo* y *extorsión*, y se caracteriza por la amenaza o el chantaje de publicar un material de contenido sexual que implica a la víctima.
- El *ciberacoso*: hostigamiento hacia una víctima, a través de mensajes, imágenes, videos o comentarios, todos ellos con la intención de dañar, insultar, humillar o difamar.
- El *happy slapping* o bofetada feliz: término nacido en Reino Unido y extendido alrededor del mundo durante los últimos años. Define la violencia que consiste en la grabación de una agresión, física, verbal o sexual hacia una persona, la que se difunde, posteriormente, mediante las tecnologías de la comunicación. La agresión puede ser publicada en una página web, una red social, una conversación a través del teléfono móvil, etc. El ataque es solo la primera fase; una vez que este termina, su difusión en internet hace que el daño persista y que la persona agredida no pueda escapar de ser victimizada, una y otra vez, pues puede ser vista por decenas, centenares o miles de personas de manera *online*.
- El *grooming*: es el contacto que sostiene una persona adulta con un(una) NNA, para ganarse su confianza, poco a poco, con el propósito de involucrarlo(a) en una actividad sexual. Esta práctica abarca las mismas fases que el AS tradicional; se comienza por ganarse la confianza de la víctima hasta la realización de una petición de contenido sexual, que puede ir desde la proposición a la víctima para que envíe

material de contenido sexual hasta la solicitud de un encuentro presencial.

A la par de estas formas mencionadas, según el informe de *Save the Children* (Sanjuán, 2019, pp. 11-19), se encuentra la exposición involuntaria a material sexual o violento, la que se da cuando el(la) NNA accede a materiales de esta índole que están disponibles en la red para cualquier usuario. Esta práctica no es una forma de ASI en sí misma, puesto que no existe un agresor directo, sino que, como se ha mencionado, se trata de la falta de control en cuanto al material al que acceden NNA.

Ninguna de estas formas de ASI ocurre de manera aislada. Lo que comenzó por un *grooming* puede terminar en un *happy slapping*, por lo cual se ha de actuar con extrema cautela en cuanto a los materiales y las personas con quienes contactan los niños.

IV. REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE

La regulación jurídica del ASI se debe analizar desde lo foráneo y lo nacional. En el primer orden, resalta la Convención sobre los derechos del niño (ONU, 2016), en cuyo Artículo 34 se establece la necesidad de que los Estados miembro adopten medidas en relación con los niños que resultan víctimas de abuso físico o mental, incluido el AS:

Los Estados parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos. (pp. 24-25)

De igual manera, dicho instrumento presta atención al derecho a la información que ha de tener el (la) NNA y, a la vez, exhorta a la implementación de medidas para la prevención y protección de este grupo etario, ante formas de AS, como son la explotación y la prostitución

infantil, aunque se centra, mayormente, en el físico, dado el momento en que resultó aprobado ese convenio.

En la regulación nacional, se ha de partir la Constitución de la República (CRC) [GOR-O, (5), 2019] —norma suprema del ordenamiento jurídico nacional—, en cuyo Artículo 86 se establece la obligación del Estado, la sociedad y las familias de proteger a NNA, para lo cual se tiene en cuenta su interés superior. En esta misma línea, el precepto reconoce la condición de aquellos(as) como sujetos de derecho y la necesidad de protegerlos(as) contra todo tipo de violencia (p. 85). Así, resulta posible apreciar la coherencia entre el texto constitucional y la Convención sobre los derechos del niño.

Por su parte, el «Código penal» (CPE) [GOR-O, (93), 2022, pp. 2557-2696], en el cual se reformuló el bien jurídico que contiene conductas como el AS —antes, delitos contra el normal desarrollo de las *relaciones sexuales*, de la *familia*, la *infancia* y la *juventud*, y ahora, contra la *libertad e indemnidad sexual de las personas*, las *familias* y el *desarrollo integral de las personas menores de edad*—, si se parte de que, en cuanto a NNA o personas en situación de discapacidad, no se puede hablar de libertad sexual, dado que no pueden emitir su consentimiento de manera inequívoca, de ahí que lo protegido sea su indemnidad sexual.

El CPE reservó el delito de AS, regulado en el Artículo 396 [GOR-O, (93), 2022, p. 2678], para las interacciones sexuales físicas en las que no se llegue a tener acceso carnal, por vía oral, anal, vaginal, con dedos, cosas, objetos o animales, empleando fuerza, violencia o intimidación, dado que, ante esos supuestos, se configuraría otro ilícito: el de agresión sexual, previsto en el Artículo 395 (pp. 2677-2678).

El mero hecho de tener acceso carnal con una persona menor de 12 años de edad integra delito de agresión sexual, de acuerdo con el apartado seis del precepto antes citado, aunque no concurra el empleo de fuerza, violencia o intimidación, previsión que se sustenta en que las personas menores de esa edad, que aún no han arribado a la adolescencia, carecen de la madurez necesaria para emitir su consentimiento con vistas a sostener una relación sexual.

No es hasta el delito de acoso y ultraje sexual, previsto en el Artículo 397 (pp. 2678-2679) que se alude a la posibilidad de comisión con el uso de cualquier medio de comunicación. Este sería el tipo penal en el que

se enmarcarían varias de las prácticas que se han destacado, siempre y cuando no se llegue a cometer un delito de mayor entidad, como serían la agresión sexual, y la corrupción de personas menores de edad —prevista en el Artículo 402 (pp. 2680-2681)—, para supuestos de prostitución infantil.

Ninguno de los tipos penales antes mencionados puede ser confundido con el fenómeno del ASI, el que resulta más abarcador e integra todas las conductas delictivas antes mencionadas, siempre que exista una interacción sexual con un (una) NNA.

La mayoría de los tipos penales que tutelan el bien jurídico de la *libertad e indemnidad sexual* no recogen la posibilidad de que ellos se ejecuten con la utilización de las redes sociales, como medio idóneo para la ejecución; sin embargo, la circunstancia agravante genérica, prevista en el Artículo 80.1 q) (pp. 2584-2585) del CPE permite enfrentar con mayor rigor aquellos casos en que «la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación, las telecomunicaciones y sus servicios» facilite la ejecución del hecho, imposibilite su descubrimiento o lo obstruya, o agrave sus consecuencias.

No obstante, la protección que ofrecen la existencia de esta circunstancia de agravación y de una figura de delito que incorpora la comisión empleando los medios de comunicaciones, en el criterio de la autora, la norma penal resultaría más armoniosa, si se tuviera un tipo penal autónomo para el ASI *online*, toda vez que ello dotaría de una mayor protección a NNA en el entorno digital.

V. PAUTAS PARA LA PREVENCIÓN

La prevención de este fenómeno se puede desarrollar desde diferentes dimensiones, en especial la tecnológica y la familiar. En la primera, se destaca la instalación de softwares que permitan el bloqueo del contenido ilícito, aunque ello solo evitaría la exposición involuntaria de NNA a material sexual o violento, que, pese a ser un factor de riesgo, no constituye ASI, al no existir un agresor.

La prevención familiar está llamada a ser la más efectiva y, por ello, se deben adoptar una serie de medidas, tales como: evitar el acceso de los(as) niños(as) a las redes sociales desde edades muy tempranas, pues el pronto contacto con el entorno digital representa un alto riesgo; dar

valor a las experiencias, las opiniones y los intereses de NNA, y ofrecerles el apoyo que demandan *offline*, para que no sientan la necesidad de buscar *online* la atención o el afecto que requieren; abordar con naturalidad el interés por la sexualidad y las relaciones afectivas que NNA manifiestan en cada etapa; evitar la sobreexposición de estos(as) en las redes sociales, sin el consentimiento de los padres; y dialogar con ellos(as) acerca de los riesgos que existen, al interactuar con desconocidos o divulgar imágenes que presenten un contenido sexual.

De esta forma, puede generarse la confianza en NNA para que sean capaces de comentar cada uno de los problemas que se les presentan, tanto en el entorno digital, que ocupa el centro de este trabajo, como en la vida, de manera general. Con una correcta comunicación entre padres e hijos, se logrará poner de relieve indicadores del AS y, así, evitar que se agrave la situación. A partir de estas medidas —y otras que se pudieran adoptar por los adultos—, se logrará una verdadera protección a este segmento etario en el ámbito digital.

VI. CONCLUSIONES

El abuso sexual infantil en línea es visto como el escenario previo para la comisión del abuso sexual físico, sin tener en cuenta la alta incidencia de estas conductas y que ellas, por sí mismas, representan formas de maltrato que afectan a NNA, quienes acceden de manera constante a las redes sociales.

Ese comportamiento comprende todas las conductas abusivas de índole sexual, incluidos los actos constitutivos de delitos sexuales. Para identificar este fenómeno, ha de atenderse a dos parámetros fundamentales: la asimetría de edad entre el agresor y la víctima, y la situación de poder de aquel con respecto a esta. Además, existen mitos y estereotipos en torno al abuso sexual, que vienen dados por el desconocimiento de la población en relación con este suceso.

El abuso sexual en línea se define como las interacciones sexuales que se ejecutan a través de las tecnologías de la información y la comunicación, entre las que destacan el *sexting*, la *sextorsión*, el *ciberacoso*, el *happy slapping* y el *grooming*, figuras que, de cierta manera, han resultado englobadas en los tipos penales de acoso y ultraje sexual, salvo en los casos de *happy slapping*, en los que existe un contacto

sexual que, posteriormente, es divulgado en las redes sociales, lo cual puede ser constitutivo de los delitos de abuso sexual o agresión sexual, según el caso concreto.

La posibilidad de que el abuso sexual infantil tenga cabida mediante las redes sociales se concibe en Cuba, como elemento constitutivo del tipo penal, únicamente, en los delitos de acoso y ultraje sexual; sin embargo, figura como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad penal para todos los demás ilícitos previstos, lo cual permite extender cualquier tipo penal hacia el entorno digital.

Resulta primordial la correcta prevención de este tipo de prácticas, para lo cual se requiere la adopción de una serie de medidas por las familias que partan de evitar el acceso prematuro de los(as) niños(as) a las redes sociales, y controlar los contenidos a los que ellos(as) acceden, que son las causas fundamentales para la ocurrencia de este tipo de conductas, tan dañinas a la sociedad.

VII. REFERENCIAS

- Bagnasco, M. E. y Gelso, E. (Julio 27, 2022). *Guía de abordaje integral ante situaciones de violencia sexual hacia niñas, niños y adolescentes. Programa provincial para la prevención y atención de la violencia familiar y de género.* <https://www.mpf.gob.ar>
- Carlis, M. F. (2019). Cuando el tapabocas no protege: pandemia y abuso sexual en las infancias. *Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, 7(2), 38-62. <https://ri.unlu.edu.ar>
- Castellano Cabrera, R. (2021). Bienestar psicológico de niños, niñas y adolescentes. Compilación de artículos sobre crianza positiva para madres, padres y cuidadores. UNICEF. <https://www.unicef.org>
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *GOR-E*, (5), 69-116.
- Díaz Huertas, J. A. (Agosto 22, 2022). *Atención al abuso sexual infantil.* <https://bienestaryproteccioninfantil.es>

- Finkelholt, D. y Redfield, R. (1984). How the public defines sexual abuse. En Finkelhor, D. (Ed.). *Child sexual abuse: New theory and research*. The Free Press.
- Fiororova, A. (2023). La lucha contra los abusos de menores en línea. *Revista de Estudios Europeos*, (1), 12-42. <https://revistas.uva.es>
- Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. (2021). Guía clínica de atención a niños, niñas y adolescentes menores de 15 años, víctimas de abuso sexual. <https://www.minsal.cl>
- Glaser, D. y Frosh, S. (1997). *Abuso sexual de niños*. Paidós.
- Lago Barney, G. y Céspedes, J. A. (Agosto 2, 2022). Abuso sexual infantil. <https://www.academia.edu>
- Ley No. 151, «Código penal». (Septiembre 1.º, 2022). *GOR-O*, (93), 2557-2696.
- Organización de Naciones Unidas. (2011). Observación general No. 13, del Comité de los Derechos del Niño, «Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia». <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g11/423/90/pdf/g1142390.pdf?token=Uu05skkvNjGHEAufqK&fe=true>
- Organización de Naciones Unidas. (2016). *Convención sobre los derechos del niño*, 8-35. UNICEF. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Resolución exenta 3849, «Norma general técnica para la atención de víctimas de violencia sexual». (2016). <https://www.bcn.cl>
- Rojas Salas, M. (Septiembre-diciembre, 2023). El *child grooming* como conducta típica del Código penal: su regulación legislativa en Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (162), 1-31. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/56906/57578>
- Sanjuán. C. (2019). Análisis de la violencia contra la infancia y la adolescencia en el entorno digital. *Save the Children*. <https://www.savethechildren.es>

- Serguera Lío, L. (2021). *Preguntas y respuestas sobre la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes*. UNICEF. <https://www.unicef.org>
- Tamarit Sumalla, J. (2018). ¿Son abuso sexual las interacciones sexuales en línea? Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC. *Estudios de Derecho y Ciencias Políticas*, 26(2), 24-42. <https://www.raco.cat>
- Villacampa Estiarte, C. (2014). Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: Configuración presente del delito y perspectiva de modificación. *Estudios Penales y Criminológicos*, (xxxiv), 639-712. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/10/doctrina42264.pdf>

RELATORÍA DEL XI ENCUENTRO INTERNACIONAL JUSTICIA Y DERECHO¹

REPORT OF THE XI INTERNATIONAL MEETING ON JUSTICE AND LAW

■ M.Sc. AYMEE FERNÁNDEZ TOLEDO

Magistrada, Sala del Trabajo y de la Seguridad Social,
Tribunal Supremo Popular; relatora principal del evento, Cuba²

<https://orcid.org/0000-0001-8041-2803>

aimee@tsp.gob.cu

Resumen

El presente texto resume lo acontecido en el XI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, prestigioso espacio de socialización científica, auspiciado por el Tribunal Supremo Popular que, cada dos años, reúne a numerosas personalidades del ámbito jurídico de Cuba y el mundo, en especial, magistrados, jueces y académicos, quienes intercambian saberes y experiencias acerca de las problemáticas contemporáneas de la impartición de justicia a escala global.

Palabras clave: Encuentro Internacional Justicia y Derecho; Tribunal Supremo Popular; sistemas judiciales; impartición de justicia.

¹ Celebrado del 15 al 17 de mayo de 2024, en el Palacio de Convenciones de La Habana, Cuba.

² Equipo de relatoría: Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez (editor y corrector); M.Sc. Odalys Quintero Silverio; M.Sc. Alina de Fátima Santana Echerri; M.Sc. Silvia María Jerez Marimón; M.Sc. Yanelis Ponce Téllez; M.Sc. Rosaida Fong Rivera; M.Sc. Alina Bielsa Palomo; M.Sc. Kenia Pérez Conde; M.Sc. Yomays Olivarez Gainza; M.Sc. Jesús Ramón García Ruiz; Esp. Fernando Guerra Díaz (magistrados, TSP).

Abstract

This text summarizes what happened at the XI International Meeting on Justice and Law, a prestigious space for scientific socialization, sponsored by the People's Supreme Court, which every two years brings together numerous personalities from the legal field of Cuba and the world, especially, judges and academics, who exchange knowledge and experiences about contemporary problems of the administration of justice on a global scale.

Keywords: *International Meeting on Justice and Law; People's Supreme Court; judicial systems; administration of justice.*



La Habana, ciudad de embrujo, musa inspiradora de poetas y cantores, ha vuelto a ser la sede del Encuentro Internacional Justicia y Derecho. La cálida acogida a la convocatoria favoreció la concurrencia en él de prestigiosas instituciones y figuras del Derecho, particularmente en los ámbitos judicial y académico.

Entre los asistentes, reconocidas personalidades del Estado, el Gobierno y la sociedad civil cubanos; delegaciones oficiales de las más altas autoridades judiciales de Benín, Bolivia, China, Ecuador, El Salvador, España, Francia, Guatemala, Laos, México, Mozambique, Namibia, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Rusia, Venezuela, Vietnam y Cuba; representantes del cuerpo diplomático acreditado en el país y una nutrida membresía de docentes y estudiantes de notables universidades de Latinoamérica y Europa.

Presidieron la inauguración:

Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular;

Manuel Marrero Cruz, miembro del Buró Político del Comité Central del Partido Comunista de Cuba y primer ministro;

Teresa Amarelle Boué, miembro del Buró Político del Comité Central del Partido Comunista de Cuba y secretaria general de la Federación de Mujeres Cubanas;

Inés María Chapman Waugh, viceprimera ministra;

Homero Acosta Álvarez, integrante del Consejo de Estado y secretario de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado;

Yamila Peña Ojeda, fiscal general de la República;

Oscar Manuel Silvera Martínez, ministro de Justicia;

Martha Elena Feitó Cabrera, ministra de Trabajo y Seguridad Social;

Walter Baluja García, ministro de Educación Superior;

Luis Velázquez Pérez, presidente de la Academia de Ciencias de Cuba;

Lilia María Hernández Doejo, presidenta de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos;

José Alexis Ginarte Gato, presidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba;

Sra. Viengthong Sipandone, miembro del Secretariado del Comité Central del Partido y presidenta del Tribunal Supremo Popular, República Democrática de Laos;

Sr. Óscar Alberto López Jerez, presidente de la Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador;

Sra. Dandi Gnamou, presidenta de la Alta Corte de Justicia, República de Benín;

Sr. Nguyen Van Tien, vicepresidente del Tribunal Supremo Popular, República Socialista de Vietnam;

Dr. João António da Assunção Baptista Beirão, vicepresidente del Tribunal Supremo, República de Mozambique;

Excmo Sr. Petrus Teileinge Damaseb, vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, República de Namibia.

En la undécima edición de este encuentro —reconocido en la comunidad académica nacional y foránea por su alto rigor científico—, participaron 446 delegados de 19 países, más de 70 jueces de los tribunales de La Habana, especialmente invitados, y 200 profesionales de otros ámbitos del Derecho, incluida la mayoría de los presidentes de las sociedades científicas de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC). Se inscribieron y accedieron a las sesiones 46 internautas. Tuvieron lugar 15 conferencias magistrales, 7 intervenciones

especiales y 69 ponencias, 59 de las cuales se agruparon en 20 paneles, en los que compartieron sus saberes 88 expositores. Los debates fueron enriquecidos con 41 reflexiones.

En sus palabras iniciales, Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular (TSP), ofreció la bienvenida a los profesionales foráneos que decidieron compartir estos días de intercambios, experiencias, buenas prácticas y debates con cientos de magistrados y jueces cubanos y, junto a ellos, abogados, fiscales, profesores, notarios y estudiantes de Derecho de la isla. Estas jornadas de interconexión fueron válidas, también, para conocer, de primera mano, aspectos de la actualidad jurídica, cultural y social del país sede.

Entre otros elementos de interés, el titular del máximo órgano de justicia destacó que muchos de los asuntos asumidos por la representación antillana se relacionarían con la abarcadora reforma normativa (procesal y sustantiva), desarrollada a partir de 2019, que dota a Cuba de una legislación notablemente garantista y moderna, en sintonía con los principales instrumentos internacionales vigentes, y lo más avanzado de la ciencia y la práctica del Derecho a nivel global, lo cual confirma cuánto puede hacerse aún, en estos tiempos aciagos, desde la investigación, en favor de la Justicia.



El programa científico se caracterizó, en general, por la actualidad, pertinencia y diversidad de los temas abordados, todos ellos cruciales para el ejercicio profesional del juez, y trascendentales a la confianza ciudadana y la seguridad jurídica en las sociedades estudiadas.

El Dr. Leonardo Bernardino Pérez Gallardo, profesor titular de Derecho civil y notarial de la Facultad de Derecho, de la Universidad de La Habana (FD-UH), en un canto a la vida, el optimismo y la esperanza, centró sus «cavilaciones al filo del nuevo Código de las familias (CFS)» en la protección a las personas adultas mayores, reforzada en ese cuerpo legal, a partir de la grave problemática que genera el envejecimiento poblacional en las sociedades contemporáneas, especialmente en Cuba, y la atención transdisciplinar que se requiere para enfrentarlo. En sus reflexiones, el distinguido docente enfatizó que la legislación familiar nacional de 2022 reconoce, a estos

sujetos, derechos que potencian su autonomía, poder de decisión e inclusión familiar y social, un entorno accesible y la necesaria comunicación en el seno de la familia. De esta forma —aseguró—, una sociedad que envejece, rinde tributo y respeto, desde el Derecho, a la ancianidad.

El catedrático español de Derecho penal, Dr. Lorenzo Morillas Cueva, en su conferencia magistral sobre el «Principio de legalidad y la discrecionalidad judicial», fijó la trascendencia de aquel en el Estado de Derecho, como presupuesto de la tutela judicial efectiva. Destacó el doble significado del principio (político y científico) y describió los presupuestos que lo definen e imbrican con los límites en la aplicación de la ley por los tribunales, especialmente los penales, a los que está vetada la interpretación legal extensiva y la analogía *in malam partem*. La concepción y aplicación de las penas es, en su opinión, el terreno en el que cobra más fuerza la discrecionalidad judicial, que ha de privilegiar los fines preventivos generales, y los especiales solo cuando haya riesgo de reincidencia, con apego a los principios de culpabilidad y necesidad de la pena. También, resaltó la importancia de la motivación de las sentencias, prescrita por la ley, en la medida en que esta constituye una garantía de cumplimiento de la legalidad, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

Valiéndose de una analogía esotérica entre la mitología egipcia y el proceso, el Dr. Guillermo Blanco Vázquez, profesor titular de las cátedras de Filosofía, Casación Civil y Pruebas, de la Universidad Santa María, de Caracas, y de la Escuela Nacional de la Magistratura, abordó el arte de sentenciar y convidó a reivindicar el proceso como genuino instrumento para la salvaguarda de los derechos. En un recorrido que partió de las bases de la escuela italiana, subrayó el papel protagónico de los jueces en el cumplimiento de las garantías constitucionales del proceso, en el marco de un estado social de justicia, como concepción que supera, con creces, a la del estado constitucional o social de Derecho; ilustró, con exquisitez técnica, los vicios que pueden padecer las resoluciones judiciales e invitó al ejercicio de la argumentación, como una necesidad del debido proceso y la tutela judicial efectiva, pero, sobre todo, de la aspiración máxima del Derecho, solo realizable cuando el fallo trasluce que el juez y la justicia van de la mano.

El Dr. Rodolfo Dávalos Fernández, presidente de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional (CCACI), profesor titular de Derecho internacional privado en la FD-UH, y presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Mercantil, sobre la base de su vasta experiencia, explicó los fundamentos que hacen necesaria una Ley de arbitraje y mediación comercial internacional en Cuba, y las pautas a seguir para su elaboración; mientras que la Dra. Marta Milagros Moreno Cruz (vicerrectora de la Universidad de La Habana, profesora titular de la FD-UH, presidenta de la Sociedad Cubana de Derecho Económico y árbitro de la CCACI, abordó las principales novedades de la Constitución Cubana de 2019, acompañada de las nuevas normativas aprobadas y de otras en proceso de elaboración, que marcan importantes cambios en la actuación de los actores económicos, tanto estatales como privados, y el papel de los órganos vinculados a la impartición de justicia en el ámbito mercantil.

De sumo interés resultó la conferencia de la Dra. Mayda Goite Pierre, profesora titular de Derecho penal de la FD-UH, referida a «la dosimetría de la pena y el algoritmo del juez», tema que enfocó desde su complejidad en sede judicial, su impacto en quien es juzgado y la necesidad de ceñirse a las reglas previstas por la ley a tales efectos, aplicadas razonablemente y con respeto a los principios rectores del proceso adecuativo, reforzado por la obligación de motivar las resoluciones judiciales.

De España, el Dr. Borja Mapelli Caffaren, catedrático de Derecho penal, ilustró respecto a los beneficios de la legalidad en la ejecución de las penas y la necesidad del control externo al sistema penitenciario por la autoridad judicial, con referencia a las barreras que limitan las competencias del juez de ejecución frente a la administración. A la vez, destacó positivamente el modelo cubano.

La Dra. Verónica López Yagües, profesora titular de Derecho procesal de la Universidad de Alicante, y magistrada de la Audiencia Provincial, al referirse a la persona física y jurídica encausada ante el avance tecnológico y su impacto en la investigación y prueba del delito, realizó un análisis enfocado hacia el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos del proceso penal.

La Dra. Martha Prieto Valdés, profesora titular y emérita de la FD-UH y Premio Nacional «Carlos Manuel de Céspedes», razonó sobre los retos que enfrenta la judicatura cubana ante la implementación de la Cons-

titución cubana de 2019. La destacada profesora sostuvo que el texto cimero se permitió soñar con la sociedad a que aspirábamos todos los cubanos, más allá de lo que, verdaderamente, se había conquistado; y, lapidariamente, aseguró que una constitución que no se aplica deja de ser, se deslegitima a sí misma y desacredita al orden que ella establece, motivo suficiente para avanzar, de conjunto, en los aspectos aún pendientes de realización concreta.

A propósito de la relación entre Constitución y sistema judicial, el Dr. Yuri Pérez Martínez, profesor titular de la FD-UH y presidente de la Sociedad Científica de Derecho Constitucional, enfatizó en que el texto de 2019 significó un parteaguas, una ruptura con el pasado reciente en cuanto al sistema judicial, toda vez que, desde el punto de vista institucional, subrayó la posición, delimitación e independencia orgánica de los tribunales populares de justicia dentro de la estructura del Estado, la significación de un conjunto de garantías para la protección integral de los derechos constitucionales, con énfasis en las denominadas garantías jurisdiccionales, la sujeción de la función judicial a la ley de leyes y el rol de los jueces como garantes de los derechos constitucionales, su aplicación e interpretación.

El Dr. Ahmed Ramírez Sánchez, profesor titular de la FD-UH, propuso avanzar «hacia un estándar reparatorio de los derechos constitucionales en el proceso de amparo en Cuba». Desde esa visión, afirmó que la ley reguladora de la defensa de tales derechos es expresión del mandato constitucional de dotar de mayores garantías a las personas y, por consiguiente, en la solución de los conflictos de esa naturaleza, ha de interpretarse y aplicarse del modo más favorable a ellas, sin que prevalezca una visión fraccionada, perjudicial a la mirada integradora que, ineludiblemente, requiere este ámbito.

Sobre la seguridad social y el riesgo moral, a propósito de la prestación de incapacidad temporal, disertó el Dr. Juan Molins García-Atance, magistrado del Tribunal Supremo de España, quien analizó la problemática en el contexto actual de su país, avocado a realizar cambios ante el déficit de financiamiento, debido a la disminución del número de cotizantes y el aumento de los pensionistas. Desde su mirada, evaluó las distorsiones de la cotización a la seguridad social, a la cual identifican algunas «irrationalidades» abordadas por él, con énfasis en el subsidio por incapacidad temporal.

A los derechos de las víctimas del delito, especialmente las de la violencia de género, se refirió el Dr. José García Añón, catedrático de Filosofía del Derecho y director del Instituto Universitario de Derechos Humanos, de la Universidad de Valencia, España, quien puntualizó que la protección a tales sujetos, antes del proceso y durante este, implica la percepción de que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos. Asimismo, explicó los instrumentos con que cuenta el sistema jurídico de su país, con especial mención al diseño del modelo valenciano de asistencia entre 2018-2023.

La Dra. Myrna Beatriz Méndez López, profesora titular de la FD de la Universidad de Oriente (Santiago de Cuba) y especialista del proyecto «Justicia en clave de género», de la UNJC, disertó acerca de las tensiones entre norma y realidad, cuando se trata de violencia de género y familiar.

Acompañaron las sesiones variadas intervenciones especiales acerca de temas contemporáneos de la agenda judicial:

El M.Sc. Yojanier Sierra Infante, presidente del Tribunal Provincial Popular (TPP) de La Habana, jefe del grupo de transformación digital del TSP, y el Ing. Edgar Rojas Ricardo, director de Informática del máximo órgano judicial cubano, se refirieron al proceso de transformación digital en el que se encuentran inmersos los tribunales nacionales; además, presentaron la Estrategia para su desarrollo y la Agenda digital hasta el 2030, documentos que guiarán la consolidación de una justicia digital inclusiva y sostenible.

El Dr. Héctor Dominique, consultor jurídico internacional, se adentró en el tratamiento que, según el Derecho francés, se sigue respecto a las empresas privadas con dificultades financieras (incluida la quiebra), las etapas del procedimiento judicial, primero, para intentar restablecer su situación económica (respetando los empleos y los intereses de los acreedores) y, de fracasar las vías de restablecimiento, continuar con lo establecido para su liquidación, siempre con la voluntad de proteger a todas las partes.

Interesantes reflexiones acerca de las funciones del Servicio Federal de Alguaciles de Rusia, en el enjuiciamiento a los deudores que no cumplen con los requisitos de los actos judiciales, fueron presentadas por el Dr. Vladimir Voronin, teniente general y director adjunto de ese cuerpo, quien desplegó ante el auditorio el amplio abanico de variantes disponibles para garantizar la ejecución de las resoluciones, de alta efectividad.

dad en su país, con lo que se cumple la tutela judicial efectiva hasta la fase ejecutiva.

La Dr. Marta Fernández Martínez, profesora titular de la FD-UH, dilucidó algunos aspectos sobre el contrato de transmisión de vuelo edificatorio en Cuba, las variantes legislativas (a partir de una visión crítica a su regulación) y abogó por un cambio normativo en materia inmobiliaria sobre esta institución.

El Dr. Andry Matilla Correa, decano de la FD-UH, en su intervención sobre «el escenario procesal administrativo en Cuba», caracterizó el régimen jurídico-procesal vigente en esta materia, al tiempo que analizó, desde una primera impresión, las principales novedades del proceso administrativo contenidas en la ley procesal que lo regula.

Sobre la realidad del estatus penal de los gobernantes y el papel que debe desempeñar el alto tribunal de justicia, en la implementación de la responsabilidad de estos sujetos del proceso penal, motivó la Dra. Dandi Gnamou, presidenta del Alto Tribunal de Justicia de Benín.

Novedosa resultó la intervención especial del Dr. Pavel Khutorenko, consejero del director del Servicio Federal de Alguaciles de Rusia, quien abordó las funciones y tareas que cumple este importante servicio en su país, al que resaltó como brazo ejecutor de las decisiones de los tribunales, encargado de brindar protección a sus funcionarios y garantizar el mantenimiento del orden dentro de las instalaciones, entre otras no menos importantes, que contribuyen al mejor funcionamiento del sistema de justicia.

La ocasión fue propicia, también, para que el auditorio conociera de las investigaciones que desarrollan varios autores, quienes compartieron sus visiones sobre los temas en estudio:

La M.Sc. Maryla Anna Pérez Bernal, magistrada de la Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo (SCFA), abordó el reconocimiento judicial de la unión de hecho afectiva, a partir de un estudio empírico que le permitió mostrar la manifestación práctica de esta nueva figura en la primera etapa de vigencia del CFS, sin precedentes en la tradición jurídica cubana, a lo que sumó sus características, efectos y el rol proactivo de los tribunales en la solución de tales conflictos.

El derecho al complemento de la legítima en Cuba fue explicado por la cubana Yanet Ruiz González, presidenta de la Sala de lo Civil, del TPP

de Camagüey, quien enfatizó en la necesidad de reformar su régimen jurídico, desde la normativa vigente y las pautas para su configuración en el ámbito jurisdiccional.

La Dra. Majela Ferrari Yaunner, profesora titular de la FD-UH, sostuvo que el CFS es una disposición normativa, indudablemente transgresora de cánones morales y jurídicos arraigados; de ahí que, en pos de la eficacia de sus contenidos, se precise que los jueces lo asuman con sensibilidad y humanismo, pero, a su vez, objetividad e imparcialidad, desde la especial conexión entre norma, caso y justicia.

La Dra. Maricela Sosa Ravelo, vicepresidenta del TSP, expuso los «retos y desafíos al acceso a la justicia de la víctima, a la luz de las Reglas de Brasilia y la legislación penal cubana», con lo cual demostró que las normas penales del nuevo sistema legal del país se encuentran debidamente concordadas con las especificaciones y regulaciones de dicho instrumento jurídico internacional.

El Dr. Luis Octavio Vado Grajales, jefe de la Unidad de Investigación de la Escuela Judicial Electoral, de México, sostuvo que, en esa nación, hay un cuestionamiento respecto al rol de la judicatura en su relación con la Constitución, la necesidad de proteger a esta en sede judicial y, sobre todo, los límites posibles de su interpretación. Abordó los criterios existentes acerca del papel garantista de los jueces en la protección de los derechos individuales y colectivos, y se refirió al reclamo generado por la amplitud de facultades de los tribunales, las que, para algunos, desbordan la función asignada a estos en el sistema jurídico-político.

Al ofrecimiento de consideraciones sobre la inteligencia artificial en el ámbito de la independencia judicial, junto a los retos y desafíos que presupone para la justicia civil, dirigió su exposición la jurista salvadoreña Judith Guadalupe Maza Calderón, quien instó a reflexionar respecto al peligro de anteponer la eficiencia que se alcanza mediante el nuevo paradigma tecnológico, en detrimento de otras dimensiones vitales del proceso, las que pudieran quedar relegadas y tratadas formalmente, como la independencia judicial y la motivación de las decisiones.

Desde la filosofía de Hannah Arendt, la Dra. Cristina Hermida del Llano, catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos, de España, demostró la valía del pensamiento de una de las más sobresalientes filósofas del siglo xx y de sus trabajos sobre la

condición humana, para construir la figura del *juez bueno*, que la disertante aseveró como superior, en todas sus aristas, a la del *buen juez*, en la medida en que, para cumplir los fines de la justicia, habrá de incorporar, indefectiblemente, los valores de este.

El análisis crítico sobre la trascendencia jurídico-social de las vulneraciones constitucionales en Cuba fue tratado por los ponentes Dr. Jorge Olver Mondelo Tamayo, vicedecano y profesor titular de la FD de la Universidad de Oriente, y Guillermo Mora Galán, presidente de la Sala de Amparo de los Derechos Constitucionales, del TPP de Santiago de Cuba, quienes aportaron sus criterios al debate teórico en cuanto a lo controversial que resulta establecer los criterios para dirimir la vía de conocimiento, ante una demanda de amparo, y destacaron la insustituible labor del juez en proveer de una sólida argumentación a la decisión que adopte.

Los retos para garantizar la tutela judicial efectiva, frente al acoso laboral en Cuba, fueron abordados por las asesoras jurídicas Carla María López Izquierdo y Daniela Valdés Rivero, quienes argumentaron los elementos teóricos y jurídicos a tener en cuenta con ese propósito, a partir de las singularidades del fenómeno y la escasa percepción que aún existe sobre la producción de estas manifestaciones.

La transición de la sociedad asalariada a la no asalariada en Bolivia, sus retos y perspectivas, fueron tratados por el M.Sc. Ricardo Torres Echalar, magistrado del Tribunal Supremo de la nación andina, quien subrayó que el fenómeno no se ha podido revertir con el paso de los años, a pesar de que el país, normativamente, es un estado social desde la Constitución de 2009. En ello impacta, significativamente, el reintegro de los contratos de quienes laboran en el sector minero al ámbito de lo civil, con la precarización y la pérdida de derechos laborales derivados de tal situación.

Acerca de la justificación de la necesidad de disponer de estándares, a partir de los cuales evaluar la efectividad de la tutela judicial de los derechos del trabajo, versó la disertación de la magistrada y M.Sc. Aymee Fernández Toledo, quien, además, aludió a la razonabilidad de las decisiones, como uno de aquellos, desde la tríada *acuerdo-justicia-argumentación*.

La variedad temática y la multidisciplinariedad estuvieron presentes en los paneles científicos que agruparon a investigadores de procedencias diversas, reunidos con el común propósito de encauzar la aplicación del Derecho.

- La guarda y el cuidado de las personas menores de edad fueron analizados por Raiza López Varona y Kenia Pérez Conde, presidenta y magistrada, respectivamente, de la SCFA, quienes reflexionaron sobre la responsabilidad parental y su alcance en lo que respecta al cuidado de las niñas, los niños y adolescentes, enfatizando en la custodia compartida y las personas legitimadas a ejercerla, desde las novedades introducidas en el CFS y su impacto en la judicatura cubana.
- Las fuentes de la filiación, a partir de las técnicas de reproducción asistida y los vínculos socioafectivos, fue un tema en el que intervieron las panelistas Isabel Inés Arredondo Suárez, magistrada de esa misma sala, y Karina Padín Concepción, jueza del TPP de Pinar del Río, quienes abordaron la multiparentalidad como doble vínculo filiatorio, el alcance jurídico de la gestación solidaria y los presupuestos para su autorización judicial.
- Las cubanas Ermila Herrera Pérez y María Teresa Vicente Dolz, vicepresidenta y jueza del TPP de Santiago de Cuba, respectivamente, enfatizaron en las facultades de los jueces en los asuntos de naturaleza familiar, en los que la agilidad, racionalidad y solución más justa mitigan las consecuencias del conflicto; en tanto, la eficacia en el tratamiento a tales contenidos, garantizada por el régimen cautelar regulado en el Código de procesos (CPR), fue abordado, en el propio panel, por la también cubana Ludmila Collazo Rodríguez, vicepresidenta del TPP de La Habana.
- Estas disciplinas concluyeron con el panel sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad, en el que intervinieron Kenia María Valdés Rosabal, magistrada de la SCFA, e Ismara Pino Pérez, jueza del TPP de Mayabeque, que abordaron la necesidad de la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes para garantizar los derechos de tales sujetos, desde lo sustantivo y lo procesal; y detallaron el sistema de protección imperante en Cuba y las pautas necesarias para su eficacia en los órganos judiciales, mediante el cumplimiento de los ajustes razonables, la provisión de apoyos y las medidas de salvaguardias.
- Mediante dos paneles, los cubanos Gustavo Méndez González y Ana Yuly Mojena Gonzalez, presidente y magistrada de la Sala del Trabajo y de la Seguridad Social del TSP, los también másteres en ciencias Guillermo Ferriol Molina y Ulises Padilla Sánchez, y la jueza

Ayleen Gómez Rabago, abordaron la actuación de los jueces en el actual escenario económico de Cuba y las expresiones de la reforma procesal y sustantiva en los conflictos de esa naturaleza. Se centraron en los presupuestos teóricos-jurídicos que permitirán asegurar la efectividad de la tutela judicial de los derechos del trabajo, con especial atención a la reivindicación del principio protectorio, también en las nuevas entidades empleadoras, las personas en situación de vulnerabilidad en el ámbito laboral y las derivaciones del CFS en la seguridad social.

- Conducido por la magistrada y Dra. Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez, se desarrolló un panel acerca de la violencia de género, como fenómeno social en el contexto español, desde diferentes aristas, asumidas por cinco delegadas hispanas, tres de ellas en representación de la FD de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria: Dra. Rosa Rodríguez Bahamonde, decana (acceso a la justicia en condiciones de igualdad), Dra. Carmen Delia Díaz Bolaños, vicedecana de grado en Trabajo social (políticas sociales al respecto y desafíos pendientes), y Dra. Emilia M. Santana Ramos, vicedecana del grado de Derecho y doble grado en Derecho, Administración y Dirección (maltrato de género a menores); así como la Dra. Rita Romina Barrios Viera, abogada y especialista en Ciberdelincuencia y Ciberseguridad (regulación de la agresión sexual en internet, en el Código penal español, y las situaciones que se erigen en torno a esto) y la Dra. Auxiliadora Díaz Velázquez, jueza (estereotipos de género que afectan las resoluciones judiciales, y producen desigualdad y violencia institucional). Estuvieron presentes en la exposición Remigio Ferro y Amarelle Boué, cuyas intervenciones enfatizaron la atención prioritaria que se ofrece en Cuba a esos asuntos.
- Fue objeto de debate el enfrentamiento a ese flagelo desde una perspectiva multi- y transdisciplinaria en Cuba, asumido por cuatro voces: la Dra. Lareisy Borges Damas (especialista del Ministerio de Salud Pública) reflexionó sobre la violencia hacia la mujer durante el parto e identificó manifestaciones presentes en el contexto obstétrico cubano, susceptibles de producir consecuencias jurídicas; la Lic. Elizabeth Castillo Núñez (jueza del TPP de Villa Clara) ofreció una panorámica sobre la incidencia de ese fenómeno en los actos corruptores en menores de edad; la Lic. Deyli González Milián (presidenta de sala del TPP de Ciego de Ávila) abordó la fijación de pautas para

determinar judicialmente la responsabilidad civil derivada de ello; y la Dra. Arlín Pérez Duharte, profesora de la FD-UH, incursionó en lo establecido por el nuevo Código penal cubano en ese orden.

- De la mano del magistrado Yomays Olivarez Gainza y los jueces Yamilka Torriente Hidalgo y Enrique Pastor Garcés Rojas (TPP de Camagüey y Holguín, por ese orden), el panel referido a la potestad sancionadora de la Administración pública y su inactividad ilustró los avances y retos que se abren en este ámbito, tras la reforma procesal, con énfasis en la vinculación de aquella con el Derecho punitivo del Estado y sus principios informadores, unidos a la exigencia de control de la inactividad administrativa, como instrumento favorable al ciudadano.
- El panel dedicado a los nuevos desafíos en el juzgamiento de los litigios mercantiles; la revisión judicial de los contratos económicos: control de los vicios y de la licitud, fue tratado por Ivonne Rodríguez Rodríguez (directora jurídica del Ministerio de Economía y Planificación); Yaliet Peña Rodríguez (directora general de Legislación, Asesoramiento Jurídico y Asistencia Legal, del Ministerio de Justicia) enfatizó sobre la importancia del asesoramiento jurídico a las partes y los retos en la solución de los conflictos mercantiles; mientras Yanet Alfaro Guillén (notaria del Bufete Internacional y profesora de la FD-UH), abordó los primeros casos de conflictos societarios, en mipymes, presentados en sede judicial.
- Greiny Álvarez Perdomo, jueza del TPP de La Habana, incursionó en las novedades introducidas en la tramitación de los asuntos mercantiles, a partir de la amplia reforma procesal en Cuba; mientras Ivonne Pérez Gutiérrez, profesora titular de la FD-UH y abogada, precisó que el CPR heredó, en materia de prueba, regulaciones de la anterior ley procesal e introdujo novedades que impactan en la tramitación de los asuntos. El panel concluyó con la intervención de Mercedes Carina Torres Hidalgo, jueza del TPP de La Habana, quien se refirió a la disolución de las sociedades mercantiles a la luz del CPR, enfatizando en la ausencia de un procedimiento para tramitar la liquidación judicial de las sociedades mercantiles en el contexto cubano y la necesidad de elaborar e implementar una instrucción que permita su adecuada tramitación.

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas se abordó por el Dr. Faustino Gutiérrez Pérez (juez segundo del Distrito de Procesos Penales, México), quien presentó una interesante herramienta para comprender el tema, las pautas para la prevención del delito y la responsabilidad de los colaboradores de las empresas; mientras, la magistrada cubana M.Sc. Daylin Gozá Valdés enfatizó en la regulación de esta institución en la reforma legislativa más reciente y en los elementos que pudieran ser instrumentados o corregidos; Yasiel Morales Rodríguez (juez del TPP de Villa Clara) se adentró en el polémico tópico de la autonomía de la voluntad en las decisiones sobre el fin de la vida, con enfoque hacia las voluntades anticipadas; y Yojanier Sierra Infante razonó en torno al impacto de la reforma legal cubana en la ejecución penal.
- Otro panel en esta materia trajo a colación la protección penológica al medio ambiente. Maydalis Martell Toledo, jueza del Tribunal Municipal Popular de Sancti Spíritus, se adentró en el novedoso asunto y explicó sus consideraciones teóricas y normativas; a la vez, sugirió soluciones en busca de una mejor regulación y protección de tan importante bien jurídico, en el ordenamiento jurídico penal cubano.
- A cargo de magistrados cubanos, sesionó un panel sobre el tráfico de drogas. El magistrado emérito Plácido Batista Veranes explicó sus manifestaciones; Yanelis Ponce Téllez ilustró sobre los tipos de drogas y sustancias con efectos similares, y sus clasificaciones; Alina de Fátima Santana Echerri abordó la formulación en el Código penal y demás regulaciones complementarias; mientras Paula Joaquina Rodríguez Sánchez expuso sobre la actividad probatoria; y, como colofón, Ileana Julia Gómez Guerra se refirió a las cuestiones relacionadas con la calidad de la práctica judicial, que no se pueden perder de vista.
- El panel dedicado a los derechos y las garantías en el proceso penal debatió diversos temas de interés: La «Presunción de inocencia frente al interés del niño en el delito de corrupción de menores», a cargo de Daniel Alejandro Corrales Ponce, estudiante de la FD-UH, y «El procedimiento abreviado: el límite entre la justicia y la autoincriminación», del Dr. Álvaro Alejandro Rojas Granado, profesor de la Universidad Autónoma de Chihuahua, México. En estas exposiciones

fueron abordados aspectos importantes vinculados con la necesidad de respetar y consolidar los principios del debido proceso en la indagación y juzgamiento de hechos delictivos en los que aparecen, como víctimas, personas menores de edad; y por último, a nivel de derecho comparado entre México y Cuba, se analizó el cardinal principio de no autoincriminación en el proceso penal y las reales limitaciones que provocan en él los asuntos seguidos por las reglas del procedimiento abreviado.

- Bajo el título de «La víctima en el proceso penal», las juezas villaclareñas Yaimí Cabrera Sánchez y Yanai Tamayo Alfonso abordaron la protección que reciben los menores de edad, cuando concurren como sujetos pasivos de ilícitos sexuales o de otro tipo, aunque los mecanismos idóneos para reducir los efectos negativos de su victimización secundaria estén pendientes de actualización. Dio continuidad a esa línea expositiva la profesora de la FD-UH Yeney Valido Andrés, la que reseñó los problemas que surgen cuando aparecen menores víctimas de delitos que atentan contra su libertad e indemnidad sexual, a cuyo efecto propuso las bases metodológicas de un protocolo para ejecutar la exploración en sede judicial de estas personas especialmente protegidas y gestionar que no sean revictimizadas.
- Acerca de la responsabilidad civil en el proceso penal versó el panel integrado por la magistrada Silvia María Jerez Marimón, y las profesoras de la FD-UH Nathalie de la Caridad Miret González e Irasema Gálvez Puebla, la primera de las cuales ofreció una visión general de las variantes introducidas en el nuevo sistema jurídico-penal, destinadas a resolver las insuficiencias normativas y los problemas que al respecto se suscitaban en la ejecución de las decisiones judiciales; mientras las académicas se refirieron a la figura del tercero civilmente responsable como sujeto procesal reinsertado en la ley penal interna, tanto sustantiva como adjetiva, al que le está asignada la función de garante subsidiario del cumplimiento de las obligaciones patrimoniales derivadas de actos delictivos cometidos por otras personas declaradas responsables.
- El panel «Nueva sanción alternativa, servicio en beneficio de la comunidad», contó con las exposiciones de Xian Fong Zamora y Marenny Carpio Martínez, jueces profesionales de La Habana y Sancti

Spíritus, respectivamente, quienes profundizaron sobre la necesidad de gestionar un ordenamiento legal complementario que regule esta novedosa sanción y la toma de conciencia respecto a las posibilidades que ofrece para la resocialización de los sancionados, desde la óptica de cumplir determinadas labores que contribuyan a mejorar el entorno poblacional donde residen.

- Otros especialistas reflexionaron en torno a las «Pautas para la determinación de la sanción». Sobre este tema, Mairobys Sarduy Alejo (presidenta del TPP de Cienfuegos), Yaneiky Cortijo Caballero (presidenta de la Sala de lo Penal del TPP de Sancti Spíritus) y Bárbara Mayelín Rodríguez Barrera (profesora de la Escuela Militar «Comandante Arides Estévez Sánchez») propusieron perfeccionar el proceso de toma de decisiones judiciales, en lo atinente a las sanciones a imponer a los responsables del delito, mediante las ponencias respectivas: «La motivación de la adecuación judicial de la pena. Pautas teóricas para su implementación en los tribunales cubanos», «La colegiación en el proceso penal» y «Propuestas para perfeccionar la determinación judicial de la sanción de privación de libertad en los delitos intencionales por los tribunales militares».
- En el abordaje de los «Apuntes sobre el proceso de amparo de los derechos constitucionales en Cuba», la M.Sc. Farah Maritza Saucedo Pérez, vicepresidenta del TSP, y la Lic. Laura María León Delgado, presidenta del TPP de Villa Clara, se refirieron a los antecedentes de esa figura procesal en el Derecho nacional. El magistrado Carlos Manuel Díaz Tenreiro reflexionó sobre las características de este proceso, a la luz de la ley que lo regula y abordó las diferentes etapas procesales, con especial referencia a las complejidades del juicio de admisibilidad; la magistrada Maryla Anna Pérez Bernal presentó los resultados de un estudio que se adentra en el descubrimiento de la esencia del concepto *significación jurídico-social de la vulneración del derecho constitucional*, como criterio configurador de la trascendencia que exige la ley mencionada para la admisión de las demandas. Una mirada diferente sobre el tema la presentó la Dra. Amanda Laura Prieto Valdés, docente de la FD-UH, quien insistió en la necesidad de dotar de vida a ese proceso, a partir de una lectura más extensiva de las situaciones susceptibles de ser admitidas en esta vía, aun cuando cuenten con otros medios de defensa, dada la pluralidad de derechos fundamentales que pueden resultar lesionados.

El carácter interdependiente e indivisible de estos, según afirmó, ha de ser tomado en cuenta en ese crucial momento procesal en que se decide abrir la puerta al conocimiento del conflicto.

La presencia de los pinos nuevos se hizo sentir, especialmente, en la encomiable labor de comunicación emprendida, durante estos días, por un grupo de estudiantes de Derecho, quienes, con la creatividad y frescura que los identifica, contribuyeron a dar a conocer los debates, en tiempo real. Acompañados por el influjo de la juventud, tuvieron conmemoración dos acontecimientos jurídicos trascendenttes: los días internacionales de las familias, y contra la homofobia y la transfobia.

Casi en las postrimerías, tuvo lugar un panel especial encabezado por el presidente del TSP e integrado por altas autoridades judiciales de China, República Dominicana, Vietnam, Namibia, Laos y Venezuela. En este espacio se ofreció una caracterización sobre los sistemas judiciales de los diversos países, sus avances y desafíos en los tiempos actuales, en especial, la transformación digital, la solución de litigios y la protección de las personas en condición de vulnerabilidad, con una mirada diferencial hacia los menores de edad.

Como colofón, el doctor en ciencias Juan Mendoza Díaz, Premio Nacional de Derecho «Carlos Manuel de Céspedes», reflexionó acerca de la gestación y el nacimiento del nuevo paradigma del enjuiciamiento cubano, signado por el protagonismo conferido al juez, y el rol decisivo del TSP en su configuración. El insigne jurista enfatizó en la amplitud de poderes conferidos a aquel, cuyo ejercicio ponderado ha de erigirse en premisa para la tutela judicial efectiva de los derechos.



El encuentro estuvo acompañado de un programa colateral que hizo posible la interacción de los delegados extranjeros con el funcionamiento de la actividad judicial nacional, mediante la visita al TPP de La Habana; favoreció que se sostuvieran conversaciones oficiales entre las diversas delegaciones participantes en la cita; y el disfrute de lo más genuino del arte autóctono, con las presentaciones de emblemáticas agrupaciones musicales y artistas en una de las galas de Cubadisco 2024, y un concierto-bailable de la insigne orquesta Van Van.

El desenlace trajo, también, la nostalgia de los buenos momentos compartidos junto a quienes, dentro y fuera, integran la gran familia de la justicia cubana. En la conclusión, la invitación de volver al ejercicio profesional acompañados por los versos de Silvio:

No hacen falta alas / Para hacer un sueño / Basta con las manos / Basta con el pecho / Basta con las piernas / Y con el empeño.

No hacen falta alas / Para ser más bellos / Basta el buen sentido / Del amor inmenso / No hacen falta alas / Para alzar el vuelo.

Y la certeza del rencuentro en 2026, para seguir cultivando el Derecho y, sobre todo, la Justicia.

