

DERECHO PRIVADO Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO CUBANO: ENTRE LA CONSTITUCIÓN, EL CÓDIGO CIVIL Y LAS LEYES DE DESARROLLO

Di Leonardo B. Pérez Gallardo

| 51

SOMMARIO: *1. El Código civil cubano desde una visión retrospectiva. 1.1. La autonomía privada al compás de la codificación: agonías y suplicios. 2. El Código civil cubano en tiempos de Constitución. 2.1. Libertad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad y autonomía privada. 2.2. Los derechos de las personalidad reconocidos en vía constitucional: las posibilidades de actuación de las personas. 2.3. Prosperidad individual y colectiva: el reconocimiento de la propiedad privada, junto a otras formas de propiedad, bajo la preeminencia de la propiedad socialista de todo el pueblo. 2.4. El mercado en función de los intereses de la sociedad. Los tipos contractuales que entran en escena. 2.5. Los derechos de los consumidores. 2.6. La libertad de disponer por causa de muerte. 2.7. Constitución, autonomía privada y Derecho de las familias: Su repercusión para el Código civil. 3. Arterias y venas del torrente jurídico: la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico a la luz de las normas de desarrollo. 4. Tras la Constitución de 2019: ¿Los días del vigente Código civil están contados?*

ABSTRACT. *Il presente scritto indaga, all'interno dell'ordinamento cubano, il ruolo dell'autonomia privata in diversi settori del diritto: proprietà, contratti, famiglia, successioni e diritto dei consumatori. Centrale, nella riflessione, è il ruolo svolto dal testo costituzionale.*

The present paper investigates, in the Cuban system, the role of private autonomy in different areas of law: property, contracts, family, succession and consumer law. Constitution plays a central role.



1. El Código civil cubano desde una visión retrospectiva.

Cuando en 1987 el Parlamento cubano aprobaba el Código civil, hoy vigente, se iniciaba una nueva etapa en la institucionalización del Derecho patrio, tras la Revolución de 1959 y que irradiaba a la persona, la propiedad, los contratos y la herencia. No se olvide que hasta entonces estuvo vigente el Código civil español de 24 de julio de 1889, que se hizo extensivo a la Isla de Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y que entró en vigor el 5 de noviembre de ese propio año. El Código civil español fue nuestro Código, importado eso sí, pero se hizo nuestro a fuerza de ley, por ello cuando acudimos hoy a su estudio lo hacemos desde un doble perfil, uno vertical o histórico u otro horizontal o comparatístico. El viejo Código civil español, no por viejo menos interesante y útil para entender e interpretar los preceptos de nuestro abstracto Código civil de 1987, respondía, eso sí, a otro momento histórico y a otras condiciones o circunstancias que a la fecha en la que se sanciona el vigente, ya no podía expresar los destinos de la nación, pero no obstante, es un valioso precedente que en lo que atañe a las instituciones que reguló, a la manera pensada y razonada en que estas fueron concebidas, no logra superar el hoy Código civil cubano, cuyo trigésimo aniversario recientemente celebramos. No niego que el Código civil de 1987 fuera una necesidad histórica y política. Los Códigos civiles –reitero-, obedecen a coyunturas políticas nacionales. Y de ello da fe la historia de la codificación civil moderna, pero la técnica y la tutela de los derechos civiles no pueden rendirse ante prejuicios ideológicos. Como apuntara Alberdi en su disputa con Vélez Sársfield durante el proceso de redacción del legendario Código civil argentino, actualmente abrogado, “el Código Civil debe ser el contrafuerte democrático de la Constitución política”¹.

Un Código civil debe recoger la tradición y la experiencia acumulada de un pueblo, de una nación y amoldarla a los nuevos tiempos, a los nuevos derroteros, pero no desecharla por impropia o por inservible. La vida ha demostrado que la historia es cíclica, vamos y venimos, y en ese ir y venir, muchas veces las instituciones jurídicas poco utilizadas pueden ser una herramienta útil. Decía mi maestro Juan Vallet de Goytisolo, que si una figura

jurídica era utilizada una vez cada cien años, se justificaba su estatuto regulatorio y su estudio pues al menos en ese interregno alguien había tenido la buena fortuna de encontrar el respaldo jurídico reclamado.

Del Código civil cubano se han vertido las más disímiles críticas que objetan, desde su enfoque socio-político, hasta la técnica legislativa empleada. Se ha llegado incluso, en peyorativa expresión, a catalogarse como reforma del Código civil español heredado por nuestra nación, mero producto de los cambios políticos profundos, por el establecimiento del socialismo real², no concibiéndose como un fenómeno de recodificación, lo que contradice la propia esencia transformadora de las relaciones privadas que el Código civil impuso. No puede negarse la impronta que en su articulado tiene el precedente Código civil español, un buen número de cuyos preceptos reproduce, algunos de ellos reformados conforme con la sistemática y la técnica empleadas y que ha llevado a decir al profesor García Cantero que “dada su impronta hispánica, constituye un ejemplo inédito de Cc. hispano-marxista”³, que “conserva un número bastante importante de reglas procedentes del C.c. español, a través del cual viene a seguir manteniendo relación con los códigos latinos, respecto de los cuales no ha roto definitivamente, por tanto, toda vinculación”⁴. Empero, se distancia del Código hispano desde el Plan al que se afilia, de corte alemán, hasta el grado tal de concreción de las instituciones reconocidas, que linda con una parquedad excesiva, influjo de los códigos civiles socialistas de Europa del Este, a los cuales supera, a tal extremo que hoy si no es el más, se incluye entre los más escuetos del mundo, en contraste con el español, criticado por su casuismo y minuciosidad extremas.

Sin embargo, coincido con Díez-Picazo cuando le niega el carácter de código de segunda generación, a la par del italiano de 1942 o del holandés, hoy prácticamente renovado en todos sus Libros, o el argentino de 2014, o el húngaro de 2013, en que el Código civil de los cubanos de 1987 supone la primera codificación civil de nuestra nación. Nuestra gran isla vivió durante casi un siglo bajo la regulación de un cuerpo normativo que heredó de España y al cual no podemos desdecir. La huella hispana no sólo la tenemos y la llevamos con orgullo en nuestra sangre, en nuestra cultura e idiosincrasia, sino también en las normas jurídicas civiles que aún

¹ SOLA, Juan Vicente, “Alberdi: la Constitución como programa de gobierno. La polémica con Vélez Sársfield”, Comunicación del académico Juan Vicente Sola en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 22 de septiembre de 2010, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Córdoba, Argentina, 2011, pp. 417-418.

² Así lo afirma DÍEZ-PICAZO, L., “Codificación...”, *cit.*, p. 481.

³ GARCÍA CANTERO, Gabriel, “Significado del Código Civil cubano de 1987 en el proceso de codificación”, en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 26, abril-junio de 1998, pp. 70-71.

⁴ *Idem*, pp. 72-73.





nos rigen, herederas, en una buena parte, de las contenidas en el centenario Código civil español.

Como sostiene Trías Monge⁵, al referirse al panorama puertorriqueño, se necesita afinar los conceptos: no puede reformarse lo que nunca hemos formado. Tanto Puerto Rico como Cuba, últimos vestigios del que fuera el vasto imperio español, recibieron la importación del Código civil, como antes habían recibido mercancías e ideas. En contraste con el resto de los países hispanoamericanos, han tenido la tarea de formular su primer Código civil, de marcar las pautas en la ordenación de su Derecho Privado en forma autóctona. Cuba lo logró en 1987, Puerto Rico, en cambio, aún hoy discurre por esos senderos.

El Código civil cubano se apresta e intenta lograr un ideal muy encomiable, el de ser asequible y fácil de entender a sus destinatarios⁶. Su lenguaje, sin negar el tecnicismo, propio de estos cuerpos legales, es diáfano, no utiliza rodeos inútiles⁷. Sin embargo sus normas no logran la cohesión que un Código requiere. No es el lenguaje del legislador quien ha abrumado más de una vez a nuestros operadores jurídicos, sino la parquedad de su normativa que se limita a enunciar los principios generales de cada instituto jurídico, y las antinomias, resultado de la confluencia de varios ordenamientos legales de naturaleza muy disímil, tenidos en cuenta por los codificadores, e indebidamente traspolados al cuerpo del Código, sin más trabajo de orfebrería, necesario para todo codificador que, con acierto, abreva del Derecho Comparado. Ello ha conllevado a que se le tilde de código elemental⁸, demasiado simple. Lo cual no conduce a que sea calificado como un código “confeccionado por quienes no creen en el Derecho”⁹, porque amén de la descortesía que la expresión lleva implícita, al referirse su autor a un código foráneo, supone un desconocimiento de una realidad que le es ajena a su entorno, para quien –

como expresara el profesor Hinestrosa¹⁰ - carece de la vivencia del proceso cumplido en Cuba en los últimos años y cuya formación y experiencia jurídicas corresponden a una codificación concordante en su nomenclatura y en sus reglas con su sistema político, social y económico basado en la propiedad y autonomía privadas, en donde la iniciativa y la actividad individuales y colectivas constituyen el factor y el motor primordial de la economía y de las relaciones sociales en general. Por eso – sigue sosteniendo el célebre catedrático -, para entender la sistematización y la disciplina de las distintas instituciones reguladas en el Código y para captar los alcances de esa normatividad, es menester no sólo tener en cuenta los problemas específicos y la situación de la sociedad cubana en la actualidad respecto de las materias que tradicionalmente se han considerado objeto del Derecho civil, sino también y primordialmente, tener presente el régimen político del cual es producto y a cuya permanencia y afianzamiento está llamado a servir el Código, que en última instancia es una pauta para el intérprete y aplicador del Derecho. No se trata de que los codificadores del Código civil de los cubanos de 1987 no hayan creído en el Derecho, sino de entender y respetar la forma en que otras naciones conciben la codificación de su propio Derecho civil, se compartan o no los criterios seguidos.

1.1. La autonomía privada al compás de la codificación: agonías y suplicios

He dicho alguna vez que el Código civil cubano ha estado condenado a una obsolescencia precoz, con alguno que otro reproche de colegas cercanos. Los códigos civiles han sido un producto de las revoluciones. El ejemplo vivo lo fue el propio *Code* y el cubano tampoco queda atrás. No pretendo ahora rememorar el proceso de codificación cubano, respecto de lo cual ya me he expresado en otros trabajos¹¹. Si bien la codificación civil no fue priorizada tras el triunfo de la Revolución, en 1959, pues era necesario centrar la atención en crear el nuevo or-

⁵ TRIÁS MONGE, José, “Consideraciones sobre la reforma del Código Civil de Puerto Rico”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, volumen LII, número 2, 1983, pp. 143-144.

⁶ *Vid.* en este sentido HUTSCHENREUTER, Helga, “Sobre algunas regulaciones do Código Civil de 1987 directamente influenciadas pelo modelo social”, en *Il Codice Civile di Cuba e il Diritto Latino -Americano*, Centro interdisciplinare di studi Latino - Americani, Roma, 1990, pp. 137-138.

⁷ GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, “Nuevo Código Civil cubano” (Nota informativa), en *Revista de Derecho Notarial*, CXXXIX, enero-marzo, 1988, p. 390, elogia el que las reglas establecidas en el articulado del Código Civil estén escritas en muy buen castellano

⁸ Así, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, edición actualizada, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, p. 53.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ HINESTROSA, Fernando, “Notas sobre el Código Civil cubano. Ley No. 59 de 16 de julio de 1987”, en *Il Codice Civile di Cuba e il Diritto Latinoamericano*, Centro interdisciplinare di studi Latino - Americani, Roma, 1990II p. 92.

¹¹ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Tras las huellas del legislador del Código Civil de los cubanos”, en *La Revista del Foro de Cuyo*, tomo 43, 2000, Mendoza-Argentina, pp. 17-61 y “¿*Quo vadis* Derecho de Contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código Civil cubano (A propósito de los veinte años del Código Civil cubano)”, en *Roma e America. Diritto Romano comune*, No. 24/2007, pp. 103-161.

den político, social y económico, con la promulgación del Derecho que la Revolución necesitaba, el Código civil español de 1889 no podía dar respuesta al modelo socioeconómico que se estaba construyendo, y que partía de una concepción ideológica diferente de instituciones como la persona, la propiedad, el contrato y la herencia, ejes cardinales de cualquier Código civil. Los propios autores del Código diseñaron las bases sobre las cuales este se asentaría -con un discurso más político que técnico-, y una carga ideológica en la que las recreaciones doctrinarias y las alambicadas construcciones dogmáticas, fueron totalmente abandonadas. Se buscó un Código inspirado en los modelos de Europa del Este. Un Código escueto, regulador de las instituciones básicas de un Derecho civil agónico, asfixiado por las normas del Derecho administrativo por un lado, con el peso adquirido con los entes de la administración que invaden tipos contractuales como el arrendamiento, la compraventa, la permuta, la donación, en ocasiones prohibidos, y en otras – digamos en los momentos de gloria-, limitados con autorizaciones administrativas, que actúan como requisitos habilitantes del contrato, como presupuestos de legitimación dispositiva por el *tradens*. En tanto, otros tipos contractuales resultan desregulados, como la hipoteca inmobiliaria, cualquier tipo de censos, y los contratos de azar o aleatorios que se reducen a la figura del contrato de seguro. Y, en otro orden, la amenaza continua de la contratación económica, preeminente frente a la contratación civil, que se convierte en contratación doméstica, esencialmente entre personas naturales. Dada la influencia de la doctrina rusa en ese período, es innegable la trascendencia de la tesis del Derecho económico de Pashukanis, conforme con la cual todas las relaciones económicas en un país socialista deberían estar regidas por el Derecho económico, cuya figura espectral hoy sigue apareciéndose no solo en la praxis sino también en la academia cubana como Mefistófeles a Fausto, obviándose que el Derecho económico responde a las relaciones económicas que protagoniza el Estado¹².

¹² Así también ha acontecido en China. Según el profesor Li-hong ZHANG “la teoría soviética sobre el Derecho Económico provocó un fuerte debate sobre los diferentes ámbitos de acción del Derecho Civil y del Derecho Económico”. De ahí que -similar a lo que ha acontecido en Cuba-, la ley sobre contratación de 1980, fue llamada ley económica y se dividió en dos partes: Ley económica de contratación de 1981 y Ley económica de contratación relativa a intereses extranjeros de 1985. En oposición a esta teoría – sostiene el profesor-, que: “la mayoría de los profesores de Derecho Civil alegaron que las relaciones económicas entre los sujetos de igual condición debían ser reguladas por el Derecho Civil”. Criterio que fue superado con la aprobación, en 15 de marzo de 1999 y vigente a partir del 1 de octubre de ese año, de la Ley de contratación. *Vid.* ZHANG, Li-hong, “Los últimos avances de la codificación del Derecho Ci-

El Código civil cubano responde al momento histórico de su promulgación. Al estudiar el anteproyecto de febrero de 1979, uno de sus grandes artífices, al frente de la comisión que estudió por años las reformas al Derecho civil cubano, dejó claro que: “Toda la reglamentación del Anteproyecto está dominada por el principio social fundamental de la armonía entre los intereses de la colectividad y los intereses de los individuos, acogido en la Constitución de la República”¹³. Antes, en una exposición de esa versión del anteproyecto de Código civil, en la nota preliminar, resultando ello uno de los pocos antecedentes escritos del hoy vigente Código civil, con fecha 27 de agosto de 1979 se deja dicho, cuáles fueron las fuentes en las que abrevaron sus autores, entre otras, a saber: los códigos de los países de por aquel entonces, integrantes de la comunidad socialista, que luego, en lo que llaman exposición, concretan en “... los Códigos Civiles de los hermanos países socialistas de la República Popular de Polonia de 1964, de la República de Checoslovaquia de 1964, de la RDA de 1975, de la República Popular de Hungría de 1959 y el Código de la RSFSR de 1964”¹⁴. Los principios en los que ese anteproyecto se basa, que en este orden, poco difiere de los principios en que en definitiva se sustentó el Código, ya aprobado, son “los contenidos en nuestra Constitución socialista, que establece la propiedad social sobre los medios e instrumentos de producción y la planificación centralizada de la Economía Nacional”¹⁵.

Al hacer referencia a los objetivos del Código, enunciados en el artículo 1 de esa versión del Anteproyecto, se deja explícito en la llamada exposición – entiéndase de Motivos-, pero sin que se le denomine así, la importancia que se le atribuye, al centrarse en el primer artículo del Anteproyecto, que “La regulación de las relaciones patrimoniales de las entidades económicas tiene, generalmente, como base, el contrato en el que las partes se consideran jurídicamente iguales, lo que hace que aquellas relaciones sean susceptibles de ser consideradas como relaciones de derecho civil y objeto de regulación en el Código Civil. Por ello el citado artículo 1 del Anteproyecto declara que el Código regulará tanto las relaciones patrimoniales de carácter civil que surjan entre los ciudadanos y entre ellos y las organizaciones estatales y culturales de la sociedad y de

vil chino”, en *Revista chilena de Derecho*, vol. 36, No. 3, 2009, p. 469, en concreto, en nota (5).

¹³ ROCA CALDERÍO, Blas, “Características generales del Anteproyecto de Código Civil”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XII, No. 18, enero-abril 1982, p. 5.

¹⁴ Exposición del Anteproyecto de Código civil cubano, 27 de agosto de 1979 (en pdf), p.1.

¹⁵ *Idem*.



las personas individuales, como la contratación de las entidades económicas que se citan en el párrafo segundo del mismo artículo con los pequeños agricultores (...).”

”Las relaciones contractuales de las entidades económicas con vista al cumplimiento del Plan Único de Desarrollo Económico Social de la Nación tienen que acomodarse a la movilidad de las formas de la economía socialista, movilidad que es inevitable en una evolución económica rápida (...)”¹⁶.

De marcado interés resulta que en dicha exposición los propios autores del Anteproyecto se preguntan sobre la existencia o no de un Derecho económico, autónomo del Derecho civil¹⁷. No se olvide que hasta bien avanzado el proceso de codificación civil cubano estaban incluidos en la parte relativa al Libro dedicado al Derecho de obligaciones y contratos, los llamados contratos económicos por la fuerte influencia de los Códigos civiles ruso y polaco¹⁸. Pero hoy la pregunta sigue en pie, si bien ya sabemos los rumbos del Derecho civil, de ese conservadora rama del Derecho, que pasados los tiempos turbulentos siguió en pie, no así con el Derecho económico, que en las últimas años ha tenido que tomar los cauces que le corresponden como parte del Derecho público de un Estado, ajeno a la contratación que sigue siendo civil o mercantil, pero no económica, a pesar del empecinamiento de quienes nombraron al Decreto-Ley 304/2012, “De la contratación económica”¹⁹, reforzando aún más conceptos de por sí confusos e imprecisos, cuando su alcance y su cometido fue oxigenar las parcas y escuálidas normas del Código civil cubano, casi omiso en lo que concierne a la parte general del Derecho contractual ¿Merecía la pena entonces una nueva norma contractual ajena al Código civil? Si los contratos a los cuales están destinadas sus normas son de Derecho privado por excelencia, entonces nada mejor que incluir los principios generales de la contratación que se positivizan en él donde corresponde, siguiendo el orden de la naturaleza de las cosas y ese lugar era el Código civil, perdimos la ocasión de sumar por la unificación, de poner la piedra en el gran edificio de la codificación del Derecho privado

cubano (dígase el civil y mercantil). Hoy contamos ciertamente con una norma que es el pulmón de la contratación en Cuba, -lamentablemente no empleada como se suponía por quienes trabajamos en ella - inspirada en los principios de UNIDROIT, pero con un Derecho contractual fragmentado a partir de los sujetos intervinientes en los contratos y con un caos dogmático que por mucho que los profesores intentan explicar hoy, no se logra superar en el orden práctico las diferencias entre contratos mercantiles y económicos, pues el fantasma de Pashukanis sigue deambulando por nuestros lares. Tantos años pensando en la contratación económica, aplicándola y recibéndola cuan una transfusión sanguínea, no es fácil desembarazarse de ella. Una deuda que tiene la academia y que urge solventar de cara al nuevo escenario económico del país. Abandonemos eufemismos, a fin de cuentas ¿Existe algún contrato que no tenga contenido económico?

Enjuiciar un Código civil con el decursar del tiempo, puede resultar injusto. Sus autores creyeron crear un cuerpo normativo dúctil para adaptarse a los cambios. Ello, a partir de fórmulas abstractas, generales, que a su juicio permitían dar cobertura a figuras, bajo el paraguas de principios positivizados, sin más desarrollo normativo. El protagonismo de los jueces que, sin dejarlo expresado, es una encomienda directa de los autores del Código civil, nunca se logró. El ejemplo más cabal lo es la fórmula regulada en el artículo 52, relativo a la interpretación de todo tipo de acto jurídico, que necesariamente cedió en sede contractual, primero por el Decreto-Ley 263/2008 de 23 de diciembre, regulador del contrato de seguro y luego por el Decreto-Ley 304/2012 “De la contratación económica”, al positivarse los principios generales de la contratación, en ambos casos, con preferencia expresa por reglas precisas de interpretación contractual, posición seguida por el *Code*, y retomada después por el Código civil español, luego criticada, para favorecer la existencia de una regla de alcance general, e indudable nivel de abstracción, reconocida en el citado artículo 52 del vigente Código civil, que ha traído más quebraderos de cabeza, que utilidad en la hermenéutica contractual²⁰.

A todas luces se ensayó con un Código civil, cuya brevedad escamotea el sentido de plenitud del ordenamiento jurídico, con el que nace la codificación. Un Código, al estilo de los códigos de Europa del Este, cuya imagen y semejanza es evidente. Se calca el modelo, se importa, se traspola, y todo, sin atenernos a las diferencias idiosincrásicas, a la his-

¹⁶ *Ibidem*, pp. 6-7.

¹⁷ *Ibidem*, p. 7.

¹⁸ No es hasta el Anteproyecto de Código civil, en su versión de septiembre de 1985, que se suprime del Libro III, dedicado al Derecho de obligaciones y contratos, los contratos económicos “por entender que éstos están gobernados por decisiones administrativas y sufren constantes variaciones”. *Vid.* Anteproyecto de Código civil, versión de septiembre de 1985 (en pdf), p. 1. Ello, debido a la impronta del Código civil de la RDA que tampoco le había dado entrada.

¹⁹ *Vid.* Decreto-Ley 304/2012 de 1 de noviembre, “De la contratación económica”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 62, de 27 de diciembre de 2012.

²⁰ Sobre el tema *vid. per omnia*, en el Derecho cubano VÁZQUEZ PÉREZ, Arsul José, *La interpretación de los contratos*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, y la bibliografía cubana que allí cita.

toria jurídica del país y a la pertenencia de Cuba a un sistema de Derecho romano-francés. Pesó más la ideología que la historia, que las raíces latinas de nuestro Derecho, que a la postre, están ahí, en cada precepto del propio Código civil. Ese sentido de la parvedad y de la parquedad preceptiva llevó a que una buena parte de las instituciones del Derecho civil se desecharan por inútiles en el modelo de economía que venimos ensayando desde hace casi seis décadas. Operó una especie de lotería preceptual, en el que no tuvieron cabida figuras como el concurso de acreedores, determinadas garantías crediticias como la hipoteca, los contratos de azar, debilitándose los pilares en los que se asienta el tráfico jurídico, expresión de la dinámica contractual y con ello, del tráfico que opera en la economía. Se debilitó el arsenal de instituciones jurídicas, milenariamente creadas, que obedecen a la existencia de relaciones monetario-mercantiles, con independencia de la función social que el contrato debe representar en una sociedad como la cubana. Ahí, en ese orden, era donde resultaba necesario apuntalar el Derecho contractual, pero apropiándose de las figuras ya creadas. Fue una utopía desechar la doctrina científica cubana, cuyos textos quedaron en el camino, para apropiarnos de una doctrina que nunca fue nuestra, que era más utópica que real, y que desarticuló la esencia del Derecho civil, invadiéndole de un lenguaje nada científico, nada académico, con una sobredosis de carga política, que enarboló barricadas donde antes había ciencia.

Por su parte, la autonomía privada ha sido un principio que si bien no negado en el Código civil cubano, su destino ha sido maltrecho. En aras de armonizar intereses individuales y sociales, los primeros han sido sacrificados, en ocasiones sin que ello redunde en beneficio de los segundos. Tampoco la Constitución de 1976 potenció la autonomía privada, ni incluso los cambios que se le introducen a aquella con las reformas de 1992 fomentan palpablemente dicha autonomía, en tanto que la protección a la inversión extranjera como incentivo económico no está destinada a abrir el diapasón de la iniciativa privada de los cubanos. La Constitución de 1976 hace primar de modo casi absoluto los derechos económicos y sociales frente a los derechos inherentes a la persona y al proyecto de vida. No es que lo impida, es que en cierta medida los invisibiliza. Estos derechos esenciales llegan incluso a no estar regulados expresamente en el texto constitucional (como el derecho a la vida, el derecho a la propia imagen, el derecho a la identidad, el derecho al honor, entre otros). Ha sido la labor de los intérpretes la que ha hecho posible destilar su protección del plexo de valores y principios consagrados en la propia Constitución.

El Código civil de 1987 sitúa el concepto de relación jurídica como eje central, categoría básica que lleva de la mano el legislador para situarla en el hilo conductor de su parte general con las partes especiales²¹ “concepto sistemático por excelencia de la ciencia jurídica moderna” cuya “función (...) es permitir un mayor ordenamiento de la materia”²², de lo que dan fe los artículos 22 y 23, relativos a la regulación con alcance general de la relación jurídica y a los elementos que la integran, en tanto en los artículos subsiguientes, se centra la regulación en dichos elementos, a saber: los sujetos (artículos 24 al 45), el objeto (artículo 46) y sus diferentes causas (artículos 47 y siguientes). El legislador de nuestro Código civil desplaza el acto o negocio jurídico, para centrarse metodológicamente en la relación jurídica, una de cuyas fuentes lo es precisamente los actos jurídicos. De ahí que, el artículo 49 al definir el acto jurídico, y hacer especial énfasis en el espectro de sus efectos, está previendo la posibilidad de las personas de concertar los más diversos actos jurídicos como expresión de la libertad y con ello de la autonomía, siempre que estos actos respondan a los requerimientos que la ley establece dentro de los límites de la autonomía privada. Es el artículo 49 centro de imputación de la libertad de las personas en el estricto ámbito del Derecho civil, luego recalcado en el artículo 312, trasunto del artículo 1255 del Código civil español, que tiene su base en el poder de las personas de crear reglas normativas de Derecho privado formando parte de la preceptiva contractual que crean.

2. El Código civil cubano en tiempos de Constitución

La necesidad de una reforma constitucional se hizo sentir en el país desde muchos años antes. La aprobación de los lineamientos de la política económica del Estado durante el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en abril de 2011, dejó las puertas abiertas al proceso de reforma, pues en dichos lineamientos el poder político daba luz verde. Se imponía una reforma en la estructura del Estado y en el catálogo de derechos constitucionales, a tono

²¹ Apunta RESCIGNO que el acudir el legislador cubano a la relación jurídica como concepto central del ordenamiento es una opción ideológica, más en definitiva se trata de una noción sustancialmente neutra cuando se dice que la relación jurídica es toda relación social productiva con efectos para el Derecho. Vid. RESCIGNO, Pietro, “Il ‘Código civil’ di Cuba, ultimo codice socialista”, en *Codici, storia y geografia de un'idea*, a cura e con una di Fausto Caggia, 6ª edizione, Editori Laterza, Roma, 2018, p. 207.

²² BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, 4ª reimpre- sión de la 2ª edición, Temis, Bogotá, 2002, p. 183.



con la sociedad cubana contemporánea. Una Constitución que abriera puertas – si bien aún angostas-, al mercado, la propiedad privada, la empresa no solo estatal, sino también la pequeña y mediana empresa privada, los consumidores, o sea, una Constitución mucho más inclusiva, que apostara por una mayor pluralidad, mayor protagonismo de la sociedad civil y presencia de actores o agentes económicos y de grupos vulnerables como los niños, niñas y adolescentes, las personas en situación de discapacidad, las personas de la tercera edad, entre otras, cuya visibilidad no existía en la actual Constitución. De ello deriva también una Constitución más normativa y menos programática (*vid.* artículo 7).

De este modo, el Código civil cubano entra en una nueva etapa en la que sus instituciones, requeridas de oxígeno, encontrarán una puerta de escape adecuando su interpretación a la Constitución de la República. De ahí que el artículo 2 de dicho cuerpo legal será la brújula que oriente a sus intérpretes en la atinada interpretación constitucional de sus instituciones, en aras de adecuarlas a los principios, derechos y valores contenidos en ella, dado que mandata a que las normas del Código civil se interpreten conforme con los fundamentos económicos, políticos y sociales que la Constitución enarbola. Particular que tampoco debilitarán las necesarias modificaciones que las primeras leyes de desarrollo de la Carta Magna llevarán consigo respecto del Código civil, cuyas bases han sido estremecidas por la Constitución en modo sismo, con continuas replicas expresadas en las citadas leyes de desarrollo que se sentirán en la justa medida en que sean sancionadas, y ello, mientras el Código civil tenga fuerzas suficientes para resistir semejantes embates, intensos y prolongados.

Entra pues en una nueva etapa la constitucionalización de nuestro Derecho civil, que no era ajena en la Constitución de 1976, pero sin dudas sin la misma intensidad que la de 2019. Como arguye el profesor peruano González Barrón: “El programa de actuación del Derecho Civil, con manto en la Constitución, abarca los más diversos temas, entre otros, la protección de los fines honestos y razonables en el negocio jurídico; la tutela del contratante débil a través de mecanismos de justicia contractual que superen la sujeción a un pacto; la defensa del consumidor frente a un mercado monopólico, abusivo y que no es libre; la nulidad de cláusulas generales abusivas, aun sin norma expresa que las sancione y por efectos de las normas constitucionales de tutela del consumidor o de proscripción del abuso del derecho; la reforma del derecho de los contratos a efectos de examinar si realmente está operando la libertad contractual o se trata de una simple etiqueta; la reevaluación del arbitraje como justicia privada

que en muchos casos resulta un fraude a la tutela judicial, o un abuso en contra de la parte vulnerable, y que sufre los mismos vicios de la justicia estatal; la ponderación de los distintos intereses en los conflictos de derechos reales (...) y así muchos otros temas en los que se debe avanzar con el fin de lograr una solución razonable al caso, bajo la guía de los principios constitucionales”²³.

En este proceso de constitucionalización, se trata además de lograr que los códigos civiles recepcionen los principios enarbolados por las convenciones internacionales y esencialmente los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Constitución política del Estado. Asistimos sin dudas, en el caso cubano, en clave real a un proceso innegable de constitucionalización del Derecho civil²⁴. Extremos que los civilistas debemos velar con especial esmero, si no queremos perder el sentido de la proporción. En efecto, “los códigos civiles han perdido su carácter casi exclusivo de elemento fundamental de ordenación jurídica de los Estados a favor de las constituciones. Como contrapartida, la visión constitucional de la persona como ser portador de valores que todo orden social debe respetar, a partir del reconocimiento de su dignidad, se proyecta sobre los pilares mismos del derecho civil, como derecho centrado en las relaciones de las personas como tales. De modo que la Constitución ha empujado al derecho civil a superar con decisión el carácter marcadamente patrimonialista en que la ideología liberal de los códigos le había dejado sumido, para acentuar y redescubrir su vocación personalista, precisamente a partir de los derechos fundamentales como pieza básica del nuevo sistema. Ello ha obligado al Derecho civil a flexibilizar muchos rígidos moldes de una vieja dogmática, en pos de soluciones más modernas y acordes con la realidad social. El derecho civil ha debido asumir la incidencia directa que, como norma jurídica, la Constitución

²³ GONZÁLES BARRÓN, Gunther, Capítulo I “Constitución y Derecho civil”, en *La propiedad un enfoque constitucional* (en coautoría con Marco COMPORTI), Gaceta jurídica, Lima, 2019, pp. 24-25.

²⁴ Es interesante la valoración que sobre este tema ofrece, desde la perspectiva del Derecho chileno, el profesor CORRAL TALCIANI, quien afirma que “También en Chile se ha producido un redescubrimiento de la Constitución en materias de Derecho privado, aunque ello no esté exento de polémicas. Las normas de la Constitución sobre la persona y su dignidad, la igualdad ante la ley y en el ejercicio de los derechos, la libre iniciativa en materia económica, la propiedad y su afectación, la familia y su promoción, los derechos fundamentales a la vida, integridad física y psíquica, a la honra y a la vida privada, han tenido repercusiones importantes en la interpretación y aplicación de las normas del Código. Por ejemplo, la procedencia de la indemnización del daño moral en la responsabilidad tanto contractual como extracontractual ha tenido un apoyo importante en los textos constitucionales”. *Vid.* CORRAL TALCIANI, H., “La descodificación...”, *cit.*, p. 648.

proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, lo cual ha conllevado importantes cambios de rumbo en la jurisprudencia civil para adaptar la interpretación de sus instituciones a los postulados constitucionales²⁵. No se concibe hoy una interpretación de las normas jurídico-civiles sino se hace desde la Constitución y desde los tratados internacionales de Derechos humanos como han recalado tanto el Tribunal Europeo de Derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos humanos. Se trata – como expone el profesor Corral Talciani de “una nueva forma de interpretar y de aplicar el Código Civil, a la vez como fuente central del sistema de Derecho privado, y como cuerpo jurídico que debe reflejar y traducir en criterios y estándares de actuación concreta los principios, derechos y valores consagrados en la Constitución en normas y pautas de textura abierta y flexible”²⁶.

Atrás han quedado los conceptos individualistas de propiedad y contrato. La función social de la propiedad, a partir de los postulados constitucionales ha de ser reconocida por los códigos civiles. Quizás más polémica, pero sin dudas ya en la palestra pública lo referente a la función social del contrato, que en el caso del Derecho cubano podría vislumbrarse a partir de lo enunciado en el artículo 8 del Decreto-Ley 304/2012 sobre la contratación económica que regula el llamado principio del interés general.

En fin, tampoco se trata de que “la constitucionalización del Derecho privado exija que el Derecho civil abdique de su secular función de Derecho común y nuclear, respecto no solo del Derecho privado sino de todo el orden jurídico. La Constitución, por su misma situación de estar en el vértice superior de la pirámide y por la necesaria concisión y tono declamativo de sus normas, no puede suplantarse al Derecho Civil en la necesaria función nutricia de alimentar y dar consistencia y unidad al ordenamiento jurídico en su conjunto”²⁷.

2.1. Libertad, igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad y autonomía privada

La libertad, la igualdad, junto con la dignidad son el pedestal en el que se erigen los demás derechos constitucionales. No caben dudas de que “La

libertad y la igualdad, son los principios de naturaleza dinámica, que garantizan a la persona el desarrollo de su personalidad, proceso que consiste en actuar y decidir por sí misma, y en los supuestos en los que no puede hacerlo por carecer de facultades para asumir responsablemente los efectos y consecuencias de sus actos, entrará en juego el principio de protección de carácter subsidiario, con el fin de que esa persona en circunstancias especiales, no experimente una merma en las posibilidades de ejercicio de sus derechos fundamentales”²⁸. La libertad en su expresión de autonomía, supone el poder de decisión de la persona de reglar sus propios asuntos e intereses, de ejercitar los derechos subjetivos de que está investido, de concertar o no los disímiles negocios jurídicos que puede protagonizar. La autonomía privada no es solo la inmunidad del particular o del privado, sino también el poder de la persona de autodeterminarse, incidiendo sobre la realidad física y económica, con la inmediatez, propia de la actividad humana, incidiendo también sobre la realidad jurídica, lo que significa la creación de derechos y obligaciones garantizados y sancionados *ex lege*²⁹.

Autores como Díez-Picazo y Gullón le conceden significación especial cuando se refiere a la persona, identificándola con el nombre de autonomía privada y conceptuándola como el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto”, “el poder de gobierno de la propia esfera jurídica”, “un poder de la persona como realidad eminente”³⁰. Otros como De Castro la conceptúan como “el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanta actuación en la vida social”³¹. En sentido general De Castro la entiende como poder de autodeterminación de la persona. El sentido del término se amplía así hasta comprender todo el espacio de la autarquía personal.

Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y tam-

²⁸ MELÉNDEZ ARIAS, María del Carmen, “La autoprotección de las personas con capacidad modificada”, *Tesis doctoral*, bajo la dirección de Ignacio Serrano García, Vallolid, 2012, p. 25, en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/1763>, consultada el 12 de febrero de 2014.

²⁹ En este sentido, RESCIGNO, *cit. pos* ALPA, Guido, *Istituzioni di Diritto Privato*, UTET, Torino, 1994, p. 42.

³⁰ DIEZ – PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I – *Introducción – Derecho de la persona. Autonomía Privada. Persona jurídica*, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1993, p. 371.

³¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, reimpresión de la segunda tirada de la edición original publicada en 1971, Civitas, Madrid, 1991, p. 12.

²⁵ VILLABELLA Armengol, Carlos y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, “Prólogo” de *Derecho Civil Constitucional*, (coordinadores los propios autores, junto a Germán Molina Carrillo), Grupo editorial Mariel, México, 2014, p. XIII.

²⁶ *Vid.* CORRAL TALCIANI, H., “La descodificación...”, *cit.*, p. 648.

²⁷ *Vid.* CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado”, en *Derecho Mayor* (Universidad Mayor) No. 3, octubre, 2004, p. 12.





bién para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser también definida “(...) como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades sea dentro del espacio de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”³².

Dentro de la autonomía privada en sentido amplio, se pueden distinguir dos fases: 1ª El poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación, transmisión y extinción de las relaciones jurídicas; y 2ª El poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Los que se han concretado en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto (autonomía de la voluntad) referida a la esfera del negocio jurídico. La segunda, concretada en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos.

La esfera de la autonomía privada en sentido amplio (libertad), en su contraste con la heteronomía (subordinación) ofrece puntos y principios comunes, tanto del lado de la persona (capacidad, legitimación, responsabilidad³³), como desde el de las reglas imperativas que controlan o limitan sus poderes.

La autonomía de la voluntad es la médula del negocio y es el poder de la persona para dictar reglas y dárseles a sí mismo.

El término que califica a la voluntad autónoma es la libertad. La autonomía supone, pues, fundamentalmente libertad. La palabra libertad significa libertad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra o bien de no obrar por lo que será responsable de sus actos. Se habla en este sentido cada vez con más frecuencia de una libertad positiva y de una libertad negativa. La primera como la posibilidad de actuar o no, sin estar constreñido a ello y sin que otros terceros se lo impongan o se lo impidan. La segunda como ausencia de constreñimiento o de impedimento, o sea, la posibilidad de hacer o de no hacer. Siguiendo – como la hago a Bobbio-, ha de entenderse por libertad positiva “la

situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros. Es a lo que se llama autonomía o autodeterminación de la persona”³⁴. Pero el autor prefiere hablar en términos de *libertad de obrar*, para hacer referencia a la libertad positiva y de *libertad de querer* para aludir a la libertad negativa. A su juicio “La libertad positiva es una cualificación de la acción; la libertad negativa es una cualificación de la voluntad”. Por ello sostiene que “(c)uando digo que soy libre en el primer sentido, quiero decir que una acción mía no se ve obstaculizada y que por tanto puedo llevarla a cabo, cuando digo que soy libre en el segundo sentido, quiero decir que mi querer es libre, es decir que no está determinado por el querer de otro (...)”³⁵. Es quizás este vocablo, libertad, amén de sus diversas dimensiones, el que tiene una mayor resonancia en lo más íntimo del ser humano, ya que es ella la que verdaderamente determina la razón de la existencia del hombre. Si el hombre, no es o no se siente libre su vida no será plena, será sólo un pasar por el mundo, sin sentir ese hálito interior que le mueve hacia su propia perfección y es precisamente la autonomía de la voluntad la manifestación más clara y rotunda del término libertad, es en ese modo donde esa palabra adquiere toda la dimensión humana y la que justifica la auténtica sustantividad de la persona.

La libertad a la vez que principio, es también valor. El artículo 1 de nuestra Constitución reconoce a la República de Cuba como un Estado socialista de Derecho y justicia social sobre la base, entre otros valores, de la libertad, la misma que se garantiza en su proyección de derecho en el artículo 46. La libertad es esencia de la persona. Ello a partir de la dignidad como valor supremo y fundante también del Estado de Derecho. Los actos justos para que así sean han de ser enteramente libres y en respeto de la dignidad no solo de quien los protagoniza sino también de terceros. El Derecho civil como espacio jurídico de actuación de la persona ha de tener como cobija los valores constitucionalmente atendibles. La dignidad se erige a su vez en límite de los actos jurídicos concertados por las personas, así no serían lícitas las cláusulas contractuales que conculquen la dignidad del consumidor, ni tampoco las cláusulas de un testamento lesivas a la dignidad del heredero, como pudiera ser elegir al heredero -y dejarlo expresado así en el testamento-, sobre la base de que cumple con los parámetros o requerimientos que el testador quiere para su heredero o legatario, entre

³² RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, pp. 187-356, en *Ponencias presentadas por el Notariado español en VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, (México), 1998*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1998, p. 195.

³³ Ciertamente, “(a)utonomía y responsabilidad van de la mano, porque significan concreciones de la libertad”. Vid. CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, “Comentarios al artículo 312”, en *Comentarios al Código civil cubano*, tomo III, Libro III – Derecho de obligaciones y contratos, volumen IV (artículos del 309 al 321), Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Félix Varela, La Habana, 2019, p. 36.

³⁴ BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Ediciones Paidós, ICE de la Universidad, Barcelona, Buenos Aires, México, 1993, pp. 97 y 100.

³⁵ *Idem*, pp. 102-103.

ellos el sexo, o el color de la piel, o determinada orientación sexual. Como explica el profesor Rodotà “la dignidad pertenece a todas las personas, de manera que deben ser consideradas como ilegítimas todas las tentativas que traten de considerar algunas vidas como no dignas, o poco dignas de ser vividas, o que lleguen incluso a negarles su capacidad jurídica (...)”. En tal sentido -sostiene el célebre profesor- se suele ver en “la dignidad el principio que prohíbe considerar a la persona como medio, instrumentalizarla. Con dos ulteriores precisiones: no puede ser reducida a mera categoría de mercado — el cuerpo como fuente de beneficio—, y debe respetarse su autonomía (...)”³⁶.

Es la dignidad el pórtico de los derechos constitucionales, “fundamento de los derechos de la persona, los cuales merecen protección jurídica aunque no se hallen específicamente tutelados por norma expresa del ordenamiento jurídico”³⁷. Por ello la Constitución de 2019 la regula como valor supremo en su artículo 40, previo a la regulación de tales derechos y como sustento de ellos. De ahí que los derechos y libertades reconocidas en el Código civil han de ser ejercitados sin que en modo alguno se conculquen los valores y principios constitucionales. Como nos explica el maestro Rodotà a partir del análisis del artículo 36 de la Constitución italiana “la relación entre libertad y dignidad, que a veces parece como algo inalcanzable (en tanto) la primera (es) portadora del valor de la autonomía de la persona, mientras que la dignidad sería como un vehículo de imposición autoritaria de los valores que limitan la autonomía (...) la dignidad puede escapar al riesgo de su reducción como instrumento de imposición autoritaria (...), justamente con su explícita asociación con la libertad de la persona”³⁸.

2.2. Los derechos de la personalidad reconocidos en vía constitucional: las posibilidades de actuación de las personas.

La Constitución de 2019 enaltece el valor de la persona. En expresión del maestro peruano Fernández Sessarego “sólo en muy escasas ocasiones durante el humano existir se tiene la oportunidad de vivenciar la libertad. Ello solo ocurre en el instante de las más comprometedoras decisiones, aquella en que la persona tiene que asumirlas por sí misma, sin intervención de otro ser humano (...). El hallarse en

esta situación hace sentir al hombre plenamente responsable de su decisión. Ella compromete todo su ser, lo sume en una radical angustia existencial. La angustia de sentirse responsable de su elección, de no poder transferir a otro ser las consecuencias de su decisión”³⁹.

El Título V de la Constitución de 2019, relativo a los derechos, deberes y garantías tiene como centro de atención a la persona en sus diversas facetas o modos de actuar, tanto en lo privado como en lo social. Llama la atención la deuda que salda la Constitución con el Código civil y que llevó al reclamo de la doctrina científica precedente⁴⁰. Los derechos in-

³⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar...*, cit., p. 993.

⁴⁰ Ya se había exigido la necesidad de una regulación de estos derechos, tanto desde la perspectiva constitucional como desde la civil. Según expresa la profesora PRIETO VALDÉS, quien destacó la ausencia de regulación constitucional de dichos derechos, “el Código civil que debió desarrollar la letra mayor no lo hace; no estipula los derechos personalísimos, aunque la Sección cuarta tiene tal denominación, y el vacío se enfatiza de manera expresa al remitir el artículo 38 a la consagración constitucional de estos. Inexplicable error en la regulación de los derechos”. Vid. PRIETO VALDÉS, Martha, “La Constitución, el Código civil y las interconexiones necesarias”, en *El Código civil cubano...*, 30 años después, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), ediciones ONBC, La Habana, 2018, p. 46. Por su parte, VALDÉS DÍAZ afirma – al hacer referencia a la Constitución de 1976 que: “peca de excesiva parquedad en cuanto al reconocimiento de los derechos inherentes a la personalidad, sólo tangencialmente pueden identificarse algunos mientras que otros son totalmente omitidos, a lo que se añade el hecho de dibujar un mínimo contenido en aquellos que perfila”. Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “Comentarios al artículo 38”, en *Comentarios al Código civil*, tomo I Disposiciones preliminares, Libro I – Relación jurídica, volumen II (artículos 38 al 80), Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Félix Varela, La Habana, 2014, p. 8. En su tesis doctoral dedicada al estudio del de los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral DELGADO TRIANA concluye que desde la Constitución de 1976 “no existen pronunciamientos expresos en cuanto a los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral, el tratamiento que se les concede es ambiguo y abstracto”, en tanto “(e)n el Código Civil cubano se hace una somera alusión a los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral, dando lugar a un vacío legislativo”. Vid. DELGADO TRIANA, Yanelys, “Protección en el ordenamiento jurídico cubano de los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral”, *Tesis en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas*, bajo la dirección de Reinerio Rodríguez Corría, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007, pp. 112 y 113, respectivamente (en biblioteca digital del autor). Mientras que ALVAREZ-TABÍO ALBO, quien también incurrió en su tesis doctoral en el tema, igualmente ha objetado que el artículo 38 del Código civil “único dedicado a los derechos de la personalidad (...) padece la inconsistencia cardinal de la imposibilidad de determinar cuáles son los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución. Aun cuando pudiera inferirse el reconocimiento de alguno de ellos, en ningún momento se describe en el texto constitucional ni en el Código Civil el contenido de uno o varios de los más importantes siquiera, quedando en el ámbito de otras disciplinas la definición y protección de determinados derechos, o a la labor integradora de los jueces

³⁶ RODOTÀ, Stefano, *El derecho a tener derechos*, traducción José Manuel Revuelta, Editorial Trotta, Bologna, 2014, p. 180

³⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 598.

³⁸ RODOTÀ, S., *El derecho...*, cit., p. 150.





herentes a la personalidad, ante cuya violación es posible el ejercicio de las acciones de reparación, indemnización o retractación del ofensor, según el dictado del artículo 38 del Código civil tienen ahora pleno reconocimiento en el texto constitucional al regularse el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, el derecho de libertad (artículo 46), el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen, el derecho a la propia voz, el derecho al honor, el derecho a la identidad personal (artículo 48). Derechos todos que se caracterizan por ser innatos, y además irrenunciables, imprescriptibles, indivisibles y universales (artículo 41).

En primer orden, se impone un reconocimiento por el Código civil no solo de la titularidad sino también del ejercicio de dichos derechos, lo que va de la mano de su reforma, devenida por la propia Constitución, de manera que supere su parco tratamiento en el artículo 38, solo por vía de negativa o de conculcación de los derechos, para lo cual el legislador del Código civil se conforma con la remisión constitucional.

No obstante, y aún el criticado tratamiento que se le han dado a los derechos de la personalidad por el Código civil, hoy por fortuna superado por la Constitución, en los últimos años el Derecho infralegal, - muy discutida por cierto la jerarquía de la fuente normativa que les ha cobijado en razón de la legitimación para ello-, ha dado al menos pasos en función de regular actos de autonomía privada sobre el ejercicio de estos derechos. Así la dación de órganos *inter vivos* en función de los trasplantes a favor de ciertos familiares en la línea consanguínea (hasta el cuarto grado) y afines de primer grado (hijos y padres y madres afines), expresión del ejercicio del derecho a la integridad física, como derecho inherente de la personalidad⁴¹, conforme con lo di-

spuesto por la Resolución 857/2015 de 31 de agosto, Reglamento para la dación y trasplantes de órganos y tejidos en donantes vivos”, dictada por el Ministro de Salud Pública⁴². Se trata de un acto jurídico de tipo negocial, informado de altruismo, a cuyo tenor una persona, con discernimiento tal que le permita asumir los riesgos inherentes al acto, en ejercicio del derecho a la integridad física del que es titular, dispone a favor de otra, previamente determinada, y que cumple los requerimientos de parentesco o conyugalidad que la norma establece, de órganos (uno o varios, siempre que ello sea compatible con la vida) o de tejidos. Se trata, además, de una declaración negocial de voluntad, revocable *ad libitum*, en razón de la naturaleza del derecho que se ejercita y sobre los bienes que se disponen⁴³.

Sobre similares bases, igualmente y con la misma crítica respecto de la jerarquía normativa, dada la carencia de legitimación de la administración para ello, se han regulado la dación de células germinales femeninas y masculinas, o sea, de óvulos y de espermatozoides en pos de la aplicación de la inseminación artificial heteróloga, como también parte del derecho a la integridad física, las que tienen cobertura jurídica por la Resolución No. 61/2014, de 27 de febrero sobre ovodonación y la Resolución No. 17/2017, de 24 de enero, sobre donación de semen, ambas del Ministro de Salud Pública. En sendos casos, se trata de actos de altruismo y de solida-

Derecho Privado, tomo I – *Personas*, volumen 2º, Juan Francisco Delgado de Miguel (coordinador general), Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 408 y ss. lo ubica entre los derechos a la integridad física y psíquica.

⁴² Tómese en cuenta que la Ley de Salud Pública, Ley No. 41/1983, de 13 de julio, tan solo enunció en la Sección oncenava del Capítulo II, dedicado este a la atención médica y social, la “donación” de órganos y tejidos en sus artículos 41 y 42, que son meramente programáticos y remisores a reglamentaciones del propio Ministerio, algunas de las cuales adquirieron forma por conducto del Reglamento de dicha Ley, contenido en el Decreto No. 139/1988, de 4 de febrero, que de la lectura e interpretación de los artículos del 83 al 85, cabe colegir que la única modalidad de “donación” de órganos y tejidos humanos admitida en Cuba es la *post mortem*, pues se supedita este proceder quirúrgico-terapéutico a la expedición del certificado médico de defunción. Ergo, convivimos durante décadas con el éxito de los trasplantes de órganos, procedentes de dadores vivos, y ello al margen del Derecho, dada la laguna legal que existía.

Es dable aclarar que, tras su aprobación, el artículo 3 de la mencionada Resolución fue modificado por la Resolución No. 979/2015, de 26 de noviembre, del propio Ministro de Salud Pública, dictada con el solo fin de extender el círculo de parientes consanguíneos legitimados para la dación de órganos y tejidos humanos *inter vivos*.

⁴³ Para un estudio más detenido de esta norma, si bien desde una perspectiva notarial, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial”, en *Revista Anales de Legislación argentina*, año LXXV, No. 30, noviembre 2015, pp. 229-243.

(...) el complemento de esta imperdonable omisión del legislador”. *Vid.* ALVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “Los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y expresión”, *Tesis en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas*, bajo la dirección de Caridad del C. Valdés Díaz y Martha Prieto Valdés, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2008, p. 17 (en biblioteca digital del autor).

⁴¹ En la doctrina peruana ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, Rhodas, Lima, 2006, p. 242, habla del derecho de disposición sobre el propio cuerpo, distinto del derecho a la integridad física, definiéndolo como “una situación jurídica en la que se tutela una manifestación del derecho a la libertad, en el sentido de que la propia persona, entendida en su inescindibilidad psicosomática, está facultada para disponer de sí misma (dentro de la categoría del ser) y no de una entidad diversa a él (el cuerpo entendido erróneamente como objeto de derecho, dentro de la categoría del tener). Ello, evidentemente, dentro de los límites que el propio ordenamiento jurídico establece”. Por su parte, entre los españoles, BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, Tema 4 “Los derechos de la personalidad”, en *Instituciones de*

ridad, en los que los dadores disponen a favor de terceros, por esencia anónimos, salvo en la ovodonación, en la que se admite que dicho acto pueda ser realizado a favor de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad (artículos 1 y 7.1.) del material genético.

La integridad física de la persona supone para ella, asimismo, la libertad de oponerse a cualquier examen, tratamiento médico o intervención quirúrgica a que se le deba someter para restablecer su salud o mitigar las consecuencias de su enfermedad, salvo disposición contraria de la ley. Para tomar decisiones fundadas en estos casos, se hace necesario que el médico tratante informe previamente al paciente, con las formalidades que a tal extremo se exigen. Sólo así se podrá obtener un consentimiento informado.

Como parte del ejercicio de la integridad física habilita el Derecho cubano el derecho a disponer del propio cadáver, al poder determinar la persona, o en su defecto los familiares más próximos (según el criterio tradicional de familia enarbolado por la Constitución de 1976) del fallecido, el destino que tendrá este: ya sea la inhumación, la cremación, la investigación científica. Desde 1992 con la aprobación de la Resolución No. 9/1992, de 30 de enero, del Ministro de Salud Pública que pone en vigor el “Reglamento general sobre manipulación de cadáveres y restos humanos”, se da configuración legal al ejercicio de este derecho, instrumentado con cierta frecuencia en sede notarial a través de testamentos y manifestaciones de voluntad *ad hoc*, aun cuando no tenga toda la cobertura que merece, pues como con acierto expresa Enríquez Sordo, si bien “el derecho de disposición sobre el cadáver se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, reconociéndose la mayoría de las posibilidades de actuación que el mismo contiene, sin embargo, la deficiente técnica jurídica empleada por el legislador, así como la dispersión normativa imperante, y la insuficiente protección que se le brinda en el orden sustantivo y procesal civil, dificultan la eficaz solución de las problemáticas que pueden acontecer, obstaculizando una realización más plena del derecho”⁴⁴.

Similar acontece con otros derechos de la personalidad cuya protección, en el mejor de los casos en el Derecho cubano es fragmentaria, lo que da al traste con una eficiente tutela en su ejercicio, recayendo en los jueces la labor de protección. Así, *v.gr.*, acontece con el derecho a la propia imagen, en tanto la imagen “como toda situación subjetiva personal,

por su propia naturaleza, es extrapatrimonial”⁴⁵, por cuya razón su titular tiene la facultad de disponer asintiendo su publicación o reproducción por cualquier medio, ya sea de forma gratuita u onerosa, o la facultad de prohibir la reproducción y la publicación de su propia imagen, dentro de los límites que establece la ley, cuando ello lo ha sido inconscientemente⁴⁶.

No menos trascendente es el derecho a la identidad como parte de la realización de la persona. La identidad personal es una profunda faceta de la existencia de los seres humanos. La identidad del ser humano en cuanto ser libre - expresa el maestro Fernández Sessarego- “se constituye en su dimensión dinámica a través de un continuo proceso auto-creativo, mediante una sucesión de quehaceres en que consiste la existencia (...) La identidad se va logrando, precisando, afinando, pero también cambiando en el cotidiano discurrir de la existencia”⁴⁷. En este orden, uno de los retos que se le atribuye al Derecho en Cuba es la regulación de la identidad en sus diversas fases o dimensiones que van desde la identidad digital hasta la identidad sexual o la identidad de género, de manera que se extravase el mero plano de su reconocimiento a su no discriminación por razón del sexo o de la identidad de género (contenido hoy expresamente en el artículo 42 de la Constitución), para adentrarse en la regulación del derecho a la libre determinación de la orientación sexual y la identidad de género como derechos como expresión del derecho de identidad de la persona, de manera tal que cada persona pueda encaminar su proyecto existencial de acuerdo con sus necesidades, expectativas y deseos. No obstante, en las últimas dos décadas, el Derecho jurisprudencial ha ido tutelando las libertades de la persona en este concreto actuar. Como ha dejado sentado la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tri-

⁴⁵ ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de...*, cit., p. 399.

⁴⁶ En su Sentencia No. 29 de 30 de abril de 2008, la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana (ponente Insua Gamboa), recaída en los autos del proceso ordinario promovido por la parte actora con el *petitum* del reconocimiento de la violación de su derecho a la imagen por un tercero que utilizó esta en un afiche destinado a la publicidad, sin su asentimiento, la Sala dejó dicho (segundo Considerando) que: “... es criterio de quienes resuelven, una vez observado el afiche aportado al proceso que se ventila, que ciertamente ha sido utilizada la imagen del (...), sin la anuencia del demandante y por ser la misma un atributo propio de la persona y nadie posee el derecho de manipularla sin su previo consentimiento, entendemos los actuantes que fue violado un derecho inherente a la personalidad y en virtud de lo previsto en el artículo treinta y ocho, inciso a del Código Civil Cubano, debe cesar la comercialización del afiche en el cual se muestra la figura del promovente (...)” (fuente: legajos de sentencias de dicha Sala).

⁴⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar...*, cit., p. 406.

⁴⁴ ENRÍQUEZ SORDO, Jorge, “¿Cuenta el ordenamiento jurídico cubano con herramientas suficientes para tutelar el derecho de disposición sobre el cadáver?”, en *Revista Boliviana de Derecho*, No. 25, enero 2018, pp. 106-107.



bunal Provincial de Ciudad de La Habana en su Sentencia No. 3 de 24 de enero de 2011 (primer Considerando) que resuelve el recurso de apelación interpuesto (ponente Blanco Pérez) bajo la vigencia de la Constitución de 1976, y en expresión palpable de la protección del derecho de la identidad de género en personas trasgénero: “... la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad son derechos inviolables inherentes a la persona, los cuales encuentran amparo legal en la pleca tercera del artículo nueve de la Constitución de la República, debe entenderse como intrascendente el hecho de que en su Capítulo VII relativo a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, dada su estructura normativa, no se encuentren éstos regulados de forma expresa como partida fundamental para iniciar cualquier acción encaminada a su efectiva defensa, debido a que, como se infiere de la regulación del precepto antes mencionado, no impide ello su justa alegación en tanto ha sido éste el criterio sentado por los estudiosos de la materia constitucional cubana, lo cual hace que pueda ampararse bajo este rango la acción interesada por el apelante (...) como parte del derecho a la personalidad, en el sentido de haber decidido libremente someterse a una intervención quirúrgica para la ablación de sus órganos reproductores masculinos (...) ello en virtud del *ius variandii* que detenta, lo que al estar íntimamente relacionado con el orden privado, se precisa su plena defensa dadas las eventuales amenazas que pueden sufrir en cuanto a su integridad, demandando ello la conformación de eficaces vías legales para su salvaguarda en la medida que dichos derechos dimanen en su esencia de la dignidad humana, ello a pesar de que las leyes positivas no hayan previsto concretamente esas nuevas situaciones devenidas de los avances de la ciencia médica como es el caso de las operaciones por transexualismo, sin que pueda entonces ignorar el Derecho la mutación sufrida en su esfera física, en tanto toda persona merece tener un sexo bien determinado en lo que respecta a sus atributos psicológicos y sus caracteres físico-sexuales, del mismo modo que no se le puede imponer a nadie el tener que mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que no le corresponde psíquicamente (...) pues, en todo caso, el sexo comporta más que perfiles cromosómicos, implica además el aspecto físico-biológico o fenotípico que ha tomado ahora el ser, unido a la trascendencia que también detenta su comportamiento social como individuo, siendo precisamente esos factores de la psiquis los más importantes en la medida que inciden directamente en el desarrollo de su personalidad”⁴⁸.

⁴⁸ Fuente: legajos de sentencias de la Sala.

Por último, se hace necesario de cara a la nueva Constitución de la República, llenar de contenido lo previsto en el artículo 97 que contiene la regulación del *habeas data*, entendida como “una acción que no requiere, en principio, que exista arbitrariedad manifiesta (...), que protege la intimidad de los datos, la autodeterminación informativa y la propia imagen”⁴⁹. En una sociedad en la que la informática es parte de la vida, y lo virtual va ocupando los espacios dejados por lo analógico, se va construyendo una identidad digital y con ello el concepto de dataimagen, el cual “se refiere a nuestro retrato computarizado en las bases de datos, nuestra imagen electrónica (...). La dataimagen de un individuo puede incluir información como el nombre, la edad, el sexo, la dirección, el número de teléfono o el origen étnico de la persona, además de preferencias de consumo, gustos, intereses, etcétera. En una sociedad dominada por las nuevas tecnologías informáticas, las personas se definen cada vez más en términos de una dataimagen (...). La dataimagen, a diferencia del yo real, es completa, recuperable, predecible en términos estadísticos (...)”.

”El individuo actual nace, crece y muere como dataimagen, pues los registros digitales del yo evolucionan desde el nacimiento (o antes, desde el embarazo) hasta la muerte, e incluso más allá de ésta. El resultado es la construcción de un minucioso y detallado archivo personal de uno mismo que puede actualizarse y reproducirse en cualquier momento. La dataimagen se convierte en un archivo, y el archivo de formas pasadas de la vida (...), puede convertirse, en cualquier momento, en un plano para el futuro (...)”⁵⁰. En este contexto se habla del derecho a la autodeterminación informativa, o derecho a la libertad informativa como parte de las libertades de la persona y del libre desarrollo de la personalidad. Se trata “de considerar que toda persona tiene la facultad de autogestionar los datos que se refieren a sí misma, así como a acceder a los que otras personas manejan respecto de su persona”⁵¹. Tal y como regula el mencionado artículo 97: “(s)e reconoce el derecho de toda persona de acceder a sus datos personales en registros, archivos u otras bases de datos e información de carácter público, así como a interesar su no divulgación y obtener su debida

⁴⁹ Vid. LAJE, Alejandro, “Protección constitucional de datos personales”, *Derecho Civil Constitucional*, (Carlod Villabella Armengol, Leonardo B. Pérez Gallardo y Germán Molina Carrillo, coordinadores), Grupo editorial Mariel, México, 2014, p. 102.

⁵⁰ Vid. MÁRQUEZ, Israel, “‘Muerte 2.0’: pensar e imaginar la muerte en la era digital”, en *Andamios*, Revista de Investigación Social, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, Distrito Federal, México, vol. 14, No. 33, enero-abril, 2017, p. 114.

⁵¹ Vid. LAJE, A., “Protección constitucional...”, *cit.*, p. 98.

corrección, rectificación, modificación, actualización o cancelación”, o sea, “el titular de ciertos datos tiene derechos sobre ellos, concretamente: 1. a controlar los destinatarios; 2. a supervisar el uso que se dará a estos y 3. a poder acceder a ellos y rectificarlos”⁵². Tales derechos se han dado en llamar “derechos a la autodeterminación informativa y constituyen una categoría autónoma de derecho personalísimo, diferenciándose del derecho a la privacidad y a la vida privada”⁵³.

Desde un punto de vista filosófico – siguiendo a Rodotà -, “la persona virtual, no solo (está) dispersa en tantos lugares cuantos son los bancos de datos que tratan las informaciones personales, sino expuesta también a los ataques del reduccionismo, de una prepotencia del dato electrónico que asumiría en sí mismo cualquier carácter de la existencia. Estamos ante fenómenos que nos muestran el riesgo de una progresiva pérdida, no solo del control de uno mismo, sino de su misma construcción. La persona virtual, de hecho, es la que resulta de una incesante intervención de sujetos diferentes a aquel a quien se refieren las informaciones. La diseminación en una multiplicidad de lugares no solo hace correr a la persona el riesgo de la «desintedidad», sino de una irremediable fragmentación”⁵⁴.

2.3. Prosperidad individual y colectiva

El artículo 1 de la Constitución parte del espíritu democrático del Estado cubano, sobre la base del sentido inclusivo de todos los ciudadanos, y entre los valores fundantes la prosperidad individual y colectiva. Llama la atención la formulación de la prosperidad como valor fundante del Estado cubano. La prosperidad es un valor, y a su vez una meta o propósito del Estado. La prosperidad individual conecta de esta manera a nivel simétrico con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 42). La persona a partir de la autonomía privada, como expresión de la libertad, desarrolla su proyecto de vida que le permite escribir su propia biografía, o sea, “el rumbo o destino que (...) ha decidido darle a su existencia, otorgándole un sentido o razón de ser”⁵⁵. Esa prosperidad en sus dimensiones individual y colectiva – preferiría llamarla social-, se logra no solo con los aportes del Estado, sino también por lo que cada persona construye en favor de su bienestar o prosperidad y también su familia. La prosperidad

individual es el lugar a donde dirigir los esfuerzos particulares de la persona. Esta prosperidad tiene un valor ontológico, pero también espiritual y material. No solo la satisfacción de las apetencias morales o espirituales conduce a ese estado de prosperidad, influye también, ¡Y de qué manera! la economía. Solo una persona libre, el *homo dignus* puede lograr llegar a ese estado de prosperidad. La autonomía privada en la medida en que concreta la realización de la persona se convierte en catalizador en la búsqueda de la felicidad.

Pero esta prosperidad individual, no puede verse con fines egoístas. La prosperidad individual ha de ir de la mano de la prosperidad social, comunitaria o colectiva. Esta última es expresión de la dimensión social de la persona. No olvidemos que “el ser humano es bidimensional, es decir que no es solo estructuralmente un ser individual sino, que, simultáneamente, es un ser coexistencial o social. El ser humano ha sido creado para convivir con sus congéneres (...). No se puede concebir (...) fuera del contexto social, aislado, incomunicado”⁵⁶.

2.4. El reconocimiento de la propiedad privada, junto a otras formas de propiedad, bajo la preeminencia de la propiedad socialista de todo el pueblo.

De la mano de la autonomía privada está el reconocimiento de la propiedad privada, con ello no se ha hecho más que refrendar legalmente lo que es una verdad a gritos en la realidad cubana. Si bien aún no se ha ordenado en la necesaria Ley de empresas, el estatuto jurídico de la pequeña y mediana empresa, su existencia en el Derecho cubano es innegable. Bajo el eufemísticamente llamado “trabajador por cuenta propia” han obtenido carta de naturaleza los pequeños y medianos empresarios. Eso sí, desprovistos de un estatuto que no solo les proteja a ellos sino también a sus familiares, e incluso a sus futuros herederos. Con el artículo 22 d) de la Constitución se pone fin a un largo silencio sobre la propiedad privada, satanizada por décadas.

La resistencia en las cuerdas del Código civil, hoy se ponen a prueba. El Código civil está diseñado con formas de propiedad, “teóricamente” distintas a la privada. No obstante, el reconocimiento de formas de propiedad que en esencia son de naturaleza privada, aunque nos empecinemos a verlo de otra manera tras el prisma de la ideología, matiza la balanza que tradicionalmente ha existido hacia lo

⁵² *Idem*, p. 99.

⁵³ *Ibidem*. Vid. asimismo, ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de...*, cit., pp. 411 y ss.

⁵⁴ RODOTÀ, S., *El derecho...*, cit., p. 163.

⁵⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar...*, cit., p. 53.

⁵⁶ *Idem*, p. 970.



público⁵⁷. La propiedad de las cooperativas (artículos 145 al 149), la de los pequeños agricultores (artículos 150 al 155), la controvertida propiedad personal, cuya naturaleza privada es indiscutible por su finalidad y por los sujetos que la detentan, aunque precisamente la finalidad sea motivo para que – sin éxito-, se pretenda distinguir de la privada (artículos 156 al 159) e incluso aquellas formas de propiedad cuya denominación con valor residual de “otras formas de propiedad”, tienen igualmente carácter privado, de titularidad asociativa, fundacional o societaria (artículo 160). En todas ellas el elemento privado se erige en denominador común. Propiedad privada que según se enuncia en la propia Constitución tiene un valor complementario frente al protagonismo de la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción, pero aun complementaria, es un contrapeso para el mercado que también asoma su rostro en el nuevo escenario constitucional.

Empero, el reconocimiento de la propiedad privada, si bien no cambia el ritmo de la historia, traza derroteros de interés. No deja de tener importancia el superar prejuicios ideológicos que tanto daño han hecho en la construcción de nuestro Derecho civil. Aun el papel complementario de la propiedad privada, su reconocimiento viene a tono con el libre desarrollo de la personalidad.

Compete al Estado al dictado del artículo 58, primer párrafo, de la Constitución, el garantizar el ejercicio por el propietario de las facultades que el derecho de propiedad comprende, entre ellas la de libre disposición. La libertad de disposición opera en tanto y en cuanto se le reconoce a la persona la autonomía privada. Le es dable al propietario enajenar los bienes de su propiedad, eso sí con las limitaciones que la propia ley establece. Ahora bien, esa libertad de disposición reconocida constitucionalmente, entra en colisión con las limitaciones que aún hoy existen, ya sea en el Código civil o en la legislación complementaria, algunas de ellas de dudosa constitucionalidad. Así, el artículo 2 de la Ley General de la Vivienda enerva la posibilidad de que los ciudadanos cubanos no residentes en el país o los extranjeros sin residencia permanente puedan adquirir viviendas sitas en la República de Cuba, prohibición que no excluye ni a personas en situación de discapacidad ni a niños, niñas y adolescentes, aun cuando sean descendientes directos de cubanos y cubanas, de lo que además pueden resultar herederos, en caso de fallecimiento de aquellos. Y

lo mismo acontece con las personas en situación de discapacidad. La adquisición de una vivienda en Cuba, en todo caso les estaría vedada, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

Tampoco deja de ser una restricción a la libertad de disposición *inter vivos*, la que se erige frente a los titulares de viviendas situadas en zona de recreo, descanso o veraneo (artículo 83 de la Ley General de la Vivienda). Viviendas que por demás carecen de un estatuto jurídico propio, en relación con las cuales tampoco le será dable al propietario la libre disposición en vida, aunque esta limitación a la autonomía privada no se extienda a los actos *mortis causa*.

No obstante, hay que entender que el ejercicio de las facultades que le compete al propietario tiene límites que hoy no solo el Código civil sino también la Constitución impone. Hay que entender la propiedad con un sentido constitucional, aun cuando nuestro texto no haga referencia expresa a la función social de la propiedad. En fin, “(l)a abstracción propietaria se disuelve en la concreción de las necesidades, que surgen para conectar los derechos fundamentales con los bienes indispensables para su satisfacción”⁵⁸.

Como expresa el profesor Gonzales Barrón: “La definición de la propiedad ha evolucionado desde la perspectiva individualista-liberal (...) hacia una social. Por su parte, la propiedad actual, de corte constitucional y social, se encuentra sometida desde su propio interior a una serie de limitaciones y restricciones en orden al bien común. El propietario no vive solo, ni su riqueza se origina por esfuerzo exclusivamente suyo. Por ello, no causa extrañeza que desde la filosofía del derecho se diga que la propiedad no solo tutela un interés individual (del propietario), sino también distintos bienes colectivos que se materializan en directrices. Una propiedad basada o justificada solo en la autonomía del titular pondría en peligro su propia finalidad, pues en realidad lo que se busca es que todos los individuos dispongan del quantum de propiedad necesaria para llevar a cabo una existencia autónoma. En consecuencia, la autonomía del propietario no puede desatender la exigencia de otros bienes colectivos, como una distribución más equitativa de la renta, el acceso al trabajo, la modernización de todos los sectores económicos, el medio ambiente adecuado, la conservación del patrimonio cultural, el derecho a una vivienda adecuada, la protección de los consumidores, la tutela de la salud (...)”⁵⁹. Ese justo equi-

⁵⁷ Vid. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta, “Duelo teórico entre las formas de propiedad y la propiedad privada en Cuba”, en *El Código civil cubano..., 30 años después*, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), ediciones ONBC, La Habana, 2018, pp. 190-201.

⁵⁸ RODOTÀ, S., *El derecho...*, cit., p. 107.

⁵⁹ GONZÁLES BARRÓN, Gunther, Capítulo I “Constitución y Derecho civil”, en *La propiedad un enfoque constitucional* (en coautoría con Marco COMPORTE), Gaceta jurídica, Lima, 2019, p. 24.

librio hoy puede obtenerse desde la perspectiva constitucional de la propiedad. No se trata de restringir las facultades del propietario por razones meramente ideológicas porque eso atenta contra el proyecto de vida de la persona, contra el libre desarrollo de la personalidad y las libertades, *rectius* contra su autonomía. Pero su autonomía no puede ser desmedida por el sentido racional del contenido de la propiedad, su función social y también su perspectiva ecológica, esto último en el sentido del artículo 75 de la propia Constitución. La protección del propietario en el artículo 54 no niega el derecho que tienen todas las personas a un medioambiente sano y equilibrado y para ese equilibrio el ejercicio del derecho de propiedad por personas naturales y jurídicas ha de ser racional, pues “(l)a propiedad no se protege por causas meramente individualistas o egoístas, ni por efecto de la voluntad del dueño. Hoy, la propiedad se reconoce en el hombre con el fin que cumpla una misión social acorde con su dignidad en el mundo; con sus derechos a ser libre e igual, pero con carácter sustancial, y para lograr una sociedad justa con posibilidades mínimas para todos. En tal contexto, la propiedad solo tiene sentido en tanto ‘función’ que permita satisfacer las necesidades del ser humano dentro de un ambiente de solidaridad, paz, tranquilidad, seguridad y bienestar material”⁶⁰.

2.5. El mercado en función de los intereses de la sociedad. Los tipos contractuales que entran en escena.

Tampoco se pretende en la sociedad cubana actual convertir el mercado y sus leyes en centro de atención, pero el mercado existe, está ahí al acecho de todos. Negarlo sería una miopía política, empoderarlo, una negación de los principios que el Estado cubano ha abrazado. Por eso, si bien la nueva Constitución sitúa a la economía planificada en el centro del espectro económico (*vid.* artículos 18 y 19), hace un guiño y quizás también le dedica una sonrisa al mercado, guiño sí, pero detrás de ese guiño y de esa sonrisa al estilo de la de la Mona Lisa, hay control y regulación. Se trata en todo caso de un mercado en función de los intereses sociales. La libertad de contratación no se erige en un principio constitucional, pero esa libertad está implícita al reconocer la existencia del mercado en un Estado socialista y el libre desarrollo de la personalidad, este último reconocido a todas las personas, lo cual desemboca inexorablemente en la libertad de contratación.

⁶⁰ *Idem*, p. 30.

Al decir del maestro Galgano-, la libertad de contratación tiene dos aspectos, uno negativo y uno positivo. Conforme con el primero, nadie puede ser despojado de sus bienes o forzado a asumir prestaciones en favor de otros en contra de su voluntad, o en todo caso, independientemente de su propia voluntad. En sentido positivo, la libertad contractual significa el que los sujetos privados, a través de un propio acto de voluntad, pueden constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales, lo cual tiene tres formas concretas de expresión, a saber: como libertad de escoger, según las finalidades que tenga la persona, entre los diversos tipos contractuales reconocidos *ex lege*, como libertad de determinar, dentro de los límites establecidos por la ley, el contenido del contrato (y sobre esa base – según mi criterio-, incluir en él todos los pactos, cláusulas y condiciones que resulten posibles, posibilidad que franquea el artículo 312 del Código civil) y como libertad de concluir contratos atípicos o innominados⁶¹, expresión esta última que reconoce explícitamente el Código civil en su artículo 314 asintiendo un sistema abierto de tipos contractuales, “(a) la vez, (que) reserva un amplio margen de libertad para quienes contratan, a fin de que rijan sus propios intereses, dentro del marco ofrecido por los tipos contractuales o fuera de ellos; permitiéndoles la creación de nuevas figuras o combinaciones de las ya existentes, siempre que tales acuerdos no contradigan el orden legal, sus valores y principios fundantes”⁶².

Aun cuando no comparta, - ya lo he dejado dicho-⁶³, la existencia de la eufemísticamente llamada “contratación económica”, el Decreto-Ley 304/2012 es la piedra angular de la modernización del Derecho contractual cubano, al regular los principios generales de la contratación⁶⁴. No con un sentido ni con un propósito de asestar un golpe al sentido racional de la codificación, sino con otra mirada, por otras necesidades y con otras pretensiones, amén de

⁶¹ GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, 2ª edición, Edizioni Cedam, Padova, 1983, pp. 210-211.

⁶² Según refiere – apoyado en el maestro colombiano Fernando HINESTROSA-, VÁZQUEZ PÉREZ, Arsul, “Comentarios al artículo 314”, en *Comentarios al Código civil cubano*, tomo III – Derecho de obligaciones y contratos, volumen IV, Leonardo B. Pérez Gallardo (director) (en proceso de edición).

⁶³ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “¿Quo vadis Derecho de Contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código Civil cubano (A propósito de los veinte años del Código Civil cubano)”, *Roma e America. Diritto Romano comune*, No. 24/2007, pp. 103-161.

⁶⁴ Lo cual no quiere decir que el Código civil cubano sea omiso en la regulación de tales principios, pero no en la manera en la que lo debería hacer la norma de mayor significación en materia contractual en un ordenamiento jurídico, al no tener asiento, varios de ellos.



que el efecto descodificador sea el mismo, digamos que estamos frente a un *dolus bonus*. La sanción del mencionado Decreto-Ley, sin dudas ha tenido un innegable efecto positivo al colmar las lagunas - extensas y profundas, por cierto- que en este, como en otros órdenes, deja el Código civil de 1987, aun cuando el resorte requerido no fuera una norma *ad hoc*, sino la integración de esos principios y reglas del Derecho contractual en el cuerpo normativo destinado a tal fin: el propio Código civil.

De ahí que, sea sumamente significativo – y diría incluso alegórico-, que el artículo 2 del citado Decreto-Ley se refiera a la autonomía de la voluntad en el sentido de libertad de contratar, de elegir el tipo contractual y de determinar libremente su contenido, dimensiones a las que hacía referencia Gallardo. Ello a tono con el artículo 8 que regula la función social del contrato, al refrendar el principio del interés general, de modo que en el contrato se atienda al orden social, la economía nacional, el medio ambiente y el interés público que se erigirían como límites internos de su contenido, o sea, un contrato con una visión ecológica, en funciones de necesidades sociales y conforme con el interés público. En tanto que, a través del Decreto 310/2012, regulador de los tipos contractuales en este sector, entran en escena contratos que si bien tenían tipicidad normativa, había dispersión en su regulación, la que además, en razón de sus fuentes era muy heterogénea, se incluyen: el contrato de leasing (artículos 101 al 109), los contratos de cooperación (artículos 110 al 115) entre ellos los contratos para la producción cooperada de bienes o para la prestación de servicios (artículos 112 y 113) y los contratos de administración productiva o de servicios (artículos 114 y 115), el contrato de investigación ingeniera aplicada (artículos 151 al 153), entre otros. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio del Derecho contractual en el Decreto-Ley 304/2012 con al alcance que tiene, y que no se limita como se hace en el artículo 312 al contenido del contrato, sino en su dimensión de libertad para contratar, ha de entenderse conforme con el artículo 1 y el artículo 47 de la Constitución, de los cuales es una concreción. Autonomía de la voluntad que se manifiesta en el proceso de formación del contrato, incluso desde la tratativas preliminares (artículos 11 al 18), en la elección de la forma contractual (artículo 31.1.), en la determinación del contenido (artículo 32 y siguientes), en la posibilidad de acudir a soluciones alternativas para el cumplimiento (artículo 42), en la determinación de las vías para solucionar los conflictos derivados de la ejecución del contrato (artículo 46), en la posibilidad de establecer cuantos pactos, cláusulas y condiciones sean convenientes (artículo 49), de modificar el contrato

(artículos 64 y 66), de transmitir la posición contractual (artículos 67 al 72), de dar por terminado el contrato (artículo 65.1 a) e igualmente de renegociar el contrato por excesiva onerosidad sobreviniente (artículos 76 y 77). El contrato gira en derredor de la autonomía de la voluntad. Por supuesto, un contrato hoy con una mirada constitucional, conforme con el interés general. Ello lleva también de la mano, la necesidad de concebir una autonomía privada conforme con los límites que marca la propia Constitución en el ejercicio de los derechos según el dictado del artículo 45, entre ellos los derechos del propio obligado, o deudor dentro de la relación jurídica contractual creada, de ahí la posibilidad de la revisión judicial del contrato, de su renegociación en casos de excesiva onerosidad sobreviniente o de su adaptación en sede judicial en pos de restablecer el equilibrio (artículos 76 y 77 del Decreto-Ley 304/2012 sobre la contratación económica) o de rescisión por lesión (artículo 80 del Código civil). Ello –al decir del maestro Fernández Sessarego- como manifestaciones concretas “de asegurar protección, en términos de justicia y solidaridad, a todos los intereses de los que son portadores los sujetos de derecho comprometidos en cierta relación jurídica” y como “resquebrajamiento del férreo principio del *pacta sunt servanda*”⁶⁵.

2.6. Los derechos de los consumidores.

No es posible el progreso social, sin el progreso económico. Sin dudas, se hace necesario incentivar la economía doméstica. En la medida en que la Constitución reconoce el mercado le corresponderá al Derecho privado regular los resortes que lo incentiven, aún el papel de actor de reparto que en la economía cubana se la ha atribuido por la Carta Magna. Y en ello juega un papel importante la pequeña y mediana empresa como eslabones imprescindibles de la economía.

En este escenario entran en acción los consumidores⁶⁶ cuya visibilidad por vez primera en sede constitucional patria se refleja en el artículo 78 de la nueva Constitución. Es cierto que, desde la perspectiva del Derecho del consumo, la autonomía privada cede frente a la protección de bienes constitucionalmente atendibles, como la salud del consumidor, la transparencia informativa, y la propia dignidad del consumidor a la que alude el citado artículo 78

⁶⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar...*, cit., p. 162.

⁶⁶ Sobre el consumidor en el Derecho italiano, vid. BARENGHI, Andrea, La tutela de los consumidores en el ordenamiento jurídico italiano”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2018-III, Fascículo No. 4, Buenos Aires, julio 25 de 2018,

constitucional, “uno de los aspectos más importantes del derecho del consumo es haber generado restricciones a la libre voluntad de los contratantes a través de la ampliación de normas indisponibles”⁶⁷. Se hace indispensable echar mano del principio de equilibrio, en el sentido de “ecuanimidad, mesura, sensatez, contrapeso, armonía (...)”⁶⁸. Por ello la autonomía privada ha de tener otras dimensiones en materia de Derecho del consumo, de manera que las normas reguladoras de los contratos con consumidores han de permitir “amplias facultades del juez para intervenir en la revisión contractual; responsabilidades objetivas que alcanzan a todos los que intervienen en la cadena de producción, distribución y comercialización de productos y servicios y eximentes limitadas”⁶⁹. Lleva razón Labañino Barrera - quien ha estudiado en nuestros predios el tema con detenimiento-, cuando expresa que la autonomía de la voluntad, tal como es conocida en el modelo clásico contractual, no se observa en estas relaciones contractuales de consumo. A su juicio, criterio con el que se coincide: “(t)ienen estas relaciones una fenomenología propia, basada en la necesidad del sostenimiento de la ecuación económica financiera del predisponente. En este tipo de relación contractual se aprecia la presencia de un objeto contractual deseado por una inmensa masa de consumidores, lo cual hace que la relación personal del contrato clásico se pierda, no existiendo posibilidad de negociación alguna, ni la adaptación de cláusulas contractuales especiales a la medida del consumidor. La explotación, los tiempos, el suministro de servicios o cosas a los consumidores, en las mismas condiciones, precio y al mismo destino, impiden que los predisponentes escuchen las conveniencias de cada uno de los consumidores. Ello tornaría más onerosa la provisión del objeto contractual, pues necesitaría un sistema de administración, control de calidad, y facturación lo suficientemente versátil para ajustarse a cada contrato suscrito. Tomando en consideración que cientos de miles de hogares reciben el suministro de distintos servicios, sería ilusorio especular o peticionar la existencia de un sistema que respete la autonomía de cada voluntad”⁷⁰.

⁶⁷ KEMELMAJER DE CARLUCI, Aída, “La autonomía de la voluntad en el Derecho de familia argentino”, en *Derecho de las familias, infancia y adolescencia*, Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 14.

⁶⁸ VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “El Derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al Derecho del consumo. Lineamientos centrales de las leyes 24.240 y 26.361”, en *Obligaciones y contratos en el Derecho contemporáneo*, Jorge Oviedo Albán (coordinador), Biblioteca jurídica Diké, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2010, p. 170.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ LABAÑINO BARRERA, Maidolis, “La protección civil de los consumidores en la compraventa celebrada en el comercio

Y el entorno cubano no es ajeno al consumo. Desde la doctrina foránea se ha llegado a decir que “el Derecho cubano no ha permanecido ajeno a los movimientos legislativos de protección jurídica de los consumidores, siendo pionero en la introducción, en su Código Civil de 1987, de importantes mecanismos protectores de los intereses económicos de aquéllos, resultando, en ocasiones, un buen ejemplo a seguir, por los otros ordenamientos jurídicos, en determinadas instituciones (...)”⁷¹. El Código civil cubano si bien con una protección difusa o fragmentaria del consumidor, regula determinados tipos contractuales en los que intervienen consumidores y protege sus derechos. Se hace imprescindible tal tutela en la medida en que la sociedad cubana se abre al mercado y la pequeña y mediana empresa – aún hoy sin estatuto legal-, se convierte en actores de los lentos movimientos económicos que se van visualizando. A juicio de la profesora Ojeda Rodríguez: “(l)a modernización de los códigos civiles no puede dejar de considerar (...) los principios con arreglo a los cuales se desarrolla el tráfico jurídico de bienes y servicios, por ello no puede dejar fuera la figura del consumidor, la inserción de los consumidores en los códigos no puede ser puramente estética o ficticia y debe ir acompañada por reglas que mantengan la especialidad del tratamiento jurídico. Considerando que a los códigos se les reserva la función que siempre tuvieron, de reflejar la vida económica y social, no puede dejar de resultar claro que han de integrarse con el Derecho de consumo, ya que los consumidores son operadores económicos con una clara incidencia en la vida económica”⁷².

En fin, en materia de consumidores - y el Derecho cubano no escapa a ello-, las limitaciones de la autonomía de la voluntad son una suerte de contrapeso en la balanza de la relación con el consumidor. Se busca en todo caso, paliar la situación de desigualdad, colocar en una situación de paridad a la

minorista cubano”, *Tesis en opción al grado de ciencias jurídicas*, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo y Ediltrudis Panadero de la Cruz, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, 2012 (en biblioteca digital del autor), p. 14.

⁷¹ Así, ACEDO PENDO, Ángel, “El concepto de consumidor y usuario y sus derechos básicos en el vigente Derecho comunitario europeo y español. La protección del consumidor en el Código Civil de la República de Cuba”, en *El Código Civil cubano de 1987: veinticinco años después. Libro homenaje al profesor Dr. Tirso A. Clemente Díaz*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador) Editorial Unijuris, La Habana, 2014, p. 253.

⁷² OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C., “Los consumidores en el Código civil cubano: ¿protagonistas o actores de reparto?”, en *El Código civil cubano..., 30 años después*, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), ediciones ONBC, La Habana, 2018, p. 287.



empresa (privada o pública) con los consumidores, a fin de que no se pueda insinuar que existe una relación con sustento en la desigualdad negocial de ambas, y que arroje como resultado la existencia de términos abusivos y cláusulas que a la postre se tornen ineficaces. La generalización de las relaciones de consumo ha generado la necesaria combinación “de una parte (de) la noción de contrato como acuerdo bilateral destinado a reglar los derechos de los contratantes, su finalidad económica y social, las mismas que en el contrato tradicional por negociación; y de otra, en el ámbito público, la intervención del Estado, en su poder de reglamentar y controlar la autonomía de la voluntad y la formación del consentimiento en función protectora de la parte más débil del vínculo”⁷³. Acertadamente arguye Kemelmajer de Carlucci, que hoy día “se es consciente que en el mercado hay débiles y poderosos (consumidores y empresas) que impiden toda flexibilidad (...) y nada de adaptabilidad a las necesidades de los más vulnerables. Por eso, ha sido necesaria la intervención del estado para que la igualdad contractual sea real”⁷⁴.

2.7. La libertad de disponer por causa de muerte.

Como expresión de libertades y autonomías, el reconocimiento a las personas de la libertad de disponer por causa de muerte también se impone. En tiempos en que tanto se debate sobre la libertad de testar, el Derecho cubano franquea tal posibilidad al reconocer entre los derechos constitucionales, con total independencia normativa, el derecho a la sucesión por causa de muerte en el artículo 63 constitucional.

El nuevo constituyente se desmarca del anterior al reconocer el derecho a la sucesión por causa de muerte y no solo el derecho a la herencia, ligado al derecho a la propiedad personal sobre determinados bienes (*vid.* artículo 24 de la Constitución de 1976). A mi juicio, el fundamento de la libertad de testar hay que centrarlo hoy, más que en la propiedad privada y en la protección de las familias, en el libre desarrollo de la personalidad, expresión de las libertades de la persona. Como sabiamente nos guía la profesora Kemelmajer de Carlucci: “(e)l punto de partida común es la constitucionalización del derecho privado, que impone *releer* el derecho sucesorio tomando como centro la persona humana. Esta centralidad exige atender a los valores jurídi-

cos contenidos en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales y regionales de derechos humanos y ponerlos en equilibrio: la *libertad*, llamada hoy *autonomía*; la *igualdad real* y no meramente formal, vinculada a la *pluralidad*, y la *fraternidad*, hoy *solidaridad y protección* de las personas más vulnerables”⁷⁵.

En esta tesitura, nos enseña Vaquer Aloy que “(l)a libertad de testar es la libertad para organizar la sucesión mortis causa, y ello supone contemplar, por un lado, los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone al alcance del causante, y, por otro, el conjunto de limitaciones a esa libertad, limitaciones que no se reducen a la legítima, aunque sea la restricción más vistosa.

”Por su parte, la libertad para testar es la libertad para formar y expresar la voluntad de organizar la sucesión por causa de muerte. Por eso merece una especial atención la forma testamentaria y una tendencia jurisprudencial que se muestra muy tolerante con los defectos formales del testamento. Y, en una sociedad cada vez más envejecida, esa libertad para testar requiere una especial protección”⁷⁶.

La autonomía privada en materia sucesoria hoy va por distintos rumbos no necesariamente marcados por actos de naturaleza puramente patrimonial. En primer orden, si bien el testamento, regulado en el artículo 476 del Código civil cubano es el principal acto dispositivo por causa de muerte, no excluye otros como la designación por causa de muerte de beneficiarios en cuentas de ahorro (*vid.* artículo 545 del Código civil), de indudable arraigo entre los cubanos, y que expresa el favor del legislador hacia el ahorro y su tutela, al potenciar la autonomía privada, no solo al determinar el contenido del acto testamentario, sino también al reconocer otras alternativas para la disposición por causa de muerte de ciertos bienes (dinero), si bien como excepción (hasta el tope de las 5000.00 unidades monetarias), aun cuando quede en este orden un largo camino por recorrer, dada la no admisión de otras fuentes de derechos sucesorios como la paccionada o contractual, con indudable incidencia en la empresa familiar y en las explotaciones agrarias.

El artículo 63 de la Constitución salvaguarda íntegramente el fenómeno sucesorio, y no se limita a la tutela exclusiva de la herencia, sino de la sucesión *mortis causa*, con lo que quedan protegidas otras sucesiones como la particular, o a título de legado, incluida en el fenómeno sucesorio, mas no en la herencia. Y no solo la recepción por los herederos

⁷⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Prólogo” al libro *Hacia un nuevo Derecho de sucesiones*, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), en edición.

⁷⁶ VAQUER ALOY, Antoni, *Libertad de testar y libertad para testar*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 12.

⁷³ LABAÑINO BARRERA, M., “La protección civil...”, *cit.*, p. 40.

⁷⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “La autonomía de la voluntad...”, *cit.*, p. 15.

y legatarios de los bienes y derechos atribuidos, sino también y sobre todo la libertad misma de disponer por causa de muerte, a tono con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 47 constitucional). Cada día cobra más sustantividad que el testamento se convierta en reservorio de disposiciones no patrimoniales, conectadas con la persona, así disposiciones sobre el destino del propio cuerpo o de sus órganos, sobre el cuidado de la fama, la reputación, la imagen, el honor, o sea, la protección de la personalidad pretérita, disposiciones relativas a la legitimación *post mortem* de las facultades de contenido moral derivadas del derecho de autor, así, *v.gr.*, designar a una persona física o jurídica que a su muerte ejercite algunas de las facultades o derechos morales incluidos en el derecho de autor, entre ellas exigir el reconocimiento de su paternidad y el respeto a la integridad de la obra, así como decidir sobre la publicación de inéditos. En tanto que, si bien aún hoy en Cuba no suele ser incluida en las disposiciones testamentarias, la protección *post mortem* de la identidad digital, lo será en un futuro mediato en la medida en que la sociedad de la información tome mayor protagonismo en el entorno cubano. La muerte en la red, o la muerte 2.0 ya es una realidad palpable. Tómese en cuenta que las nuevas generaciones nacen en un entorno digital que ha superado al analógico, vivirán en ese entorno y morirán en él. De ahí que, acudamos a un proceso de socialización de la muerte, pero en entornos digitales, “(c)on la llegada y generalización del nuevo paradigma de la Web 2.0 (o ‘Web social’) y su énfasis en la conectividad y la sociabilidad entre usuarios, este tipo de espacios dedicados al culto a la muerte adquieren un carácter más relacional, dinámico y flexible. Aparecen incluso espacios originalmente no pensados para este uso, pero que se convierten en nuevos lugares para rendir culto a los muertos, como blogs, redes sociales o mundos virtuales”⁷⁷. Y ello condiciona un nuevo modo de pensar y de hacer, todo ello en clave virtual. Para Moratalla Escudero: “Los internautas sienten la necesidad de velar por la integridad, autenticidad, preservación y destino de su patrimonio digital acumulado y ello se manifiesta en la voluntad de incluir en los testamentos las contraseñas de sus redes sociales, de sus páginas web y de sus cuentas de correo electrónico, incluso todo lo relativo a la propiedad de do-

⁷⁷ MÁRQUEZ, I., “Muerte 2.0’...”, *cit.*, p. 109. Al decir del propio autor (p. 110) “... las nuevas tecnologías digitales (...) por medio de comentarios, imágenes, videos y canciones publicados y compartidos digitalmente, devuelven al muerto a la comunidad. Por medio de este tipo de interacciones digitales, la muerte se comparte públicamente, se socializa, y el muerto retorna digitalmente al mundo de los vivos, y comparte espacio con ellos”.

minios online, lo que permite asegurar la música, videos, podcast, juegos, fotografías, blogs, e-books o cualesquier tipos de documentos en soporte digital, listas de favoritos,... y cualquier otro tipo de información o contenidos que podrían perderse o quedar inaccesibles en los discos duros locales o de servidores o incluso de estar alojados en la nube”⁷⁸. Se trata de bienes digitales que en los sucesivos se irán incorporando a los activos hereditarios, sin embargo, no solo en Cuba, sino también en el Derecho comparado “las reglas generales del Derecho sucesorio, aisladamente consideradas, no permiten determinar el destino de aquellos contenidos digitales de carácter privado, alojados en cuentas de mensajería, redes sociales, etc. que un prestador de servicios digitales pone a disposición del usuario con el que mantiene una relación contractual. Ni garantizan el acceso generalizado a las comunicaciones digitales del causante”⁷⁹. El Derecho de sucesiones tendrá que sentar pautas legales en este sentido que permita potenciar la autonomía privada en este orden, en tanto el entorno digital va formando cada día – y con más intensidad–, parte de la cotidianidad⁸⁰. Si la sucesión por causa de muerte hoy se asienta en el libre desarrollo de la personalidad es lógico que la persona en vida desee fijar sus designios sobre la administración *post mortem* de su identidad digital, pues ello también forma parte de su proyecto de vida, aunque sea en su capítulo final. Agudamente esgrime el profesor Delgado Echevarría que “(e)l fundamento de la facultad de disponer para después de la muerte sobre incumbencias no patrimoniales no puede ser, simplemente, la propiedad (...). El fundamento se encuentra en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (...), que de este modo se superpone en un plano superior al de la propiedad. La libertad de disponer para después

⁷⁸ MORATALLA ESCUDERO, José Ramón, “La herencia y la transmisión mortis causa del patrimonio digital”, en *Revista de Derecho Actual*, Universidad de Granada, vol. I (2016), p. 3.

⁷⁹ *Vid.* SANTOS MORÓN, María José, “La denominada ‘herencia digital’: ¿Necesidad de su regulación? Estudio de Derecho español y comparado”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), vol. 10, No. 1, p. 424.

⁸⁰ Fe de ello lo da la Ley 10/2017 de 27 de junio de voluntades digitales, de Cataluña, que modifica los libros segundo y cuarto del Código civil catalán a través de la cual – según explica la profesora SANTOS MORÓN: “El causante puede designar a una persona física o jurídica como encargada de ejecutar sus voluntades digitales. Si no designa a nadie en particular se entiende que le corresponde al heredero o albacea ejecutarlas (...). En cuanto a la forma de manifestar estas voluntades digitales, pueden ordenarse mediante disposición de última voluntad (testamento, codicilo o memorias testamentarias) o a través de un documento (denominado “documento de voluntades digitales”) (...) que ha de inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales que crea esta norma (...)”. *Vid.* SANTOS MORÓN, M. J., “La denominada ‘herencia digital’...”, *cit.*, p. 434.





de la muerte no corresponde al individuo en cuanto propietario (no corresponde a todos los propietarios, sólo a las personas físicas), sino en cuanto persona humana; si bien cada uno no puede disponer de otros bienes sino de los que le pertenecen”⁸¹.

Y no menos interés despierta la manera en la que el legislador cubano concilia la libertad de testar con la protección de las personas con vulnerabilidad⁸². En efecto, la legítima reconocida en el Código civil cubano es una legítima de naturaleza asistencial⁸³, en la que el legitimario tiene derecho a una *pars bonorum* del patrimonio del fallecido, aun cuando – sorprendentemente- no haya sido entendida así por la Corte de Casación italiana⁸⁴. Erigida como una legítima negativa o de freno, en tanto el

testador ha de cumplir con el deber legitimario de atribuirle por cualquier concepto la mitad del acervo hereditario (reconstruido) a las personas parentalmente vinculadas con él, en el orden de los descendientes y ascendientes, o al cónyuge, siempre que resulten probadas las circunstancias de no aptitud para trabajar y dependencia económica respecto del causante de la sucesión (*vid.* artículos 492 y 493 del Código civil). Circunstancias que han de subsistir – a modo de yuxtaposición-, al momento del deceso del testador y cuyo cumplimiento será controlado *ex post* en vía notarial, o en vía judicial, si se discute la condición de legitimario atribuida por el testador. Legítima que tiene naturaleza concurrencial, en tanto que sólo respecto de los hijos que excluyen al resto de los descendientes, los demás legitimarios tienen derecho a ella sin carácter excluyente entre sí⁸⁵. Con este enfoque social, de derechos humanos, la legítima cubana busca tuición a las personas con vulnerabilidad económica⁸⁶, a la vez que enaltece la libertad de testar erigida en principio cardinal del Derecho de sucesiones, libertad de testar conciliada con la responsabilidad familiar. Libertad sí, pero con compromisos familiares atendibles en razón de la vulnerabilidad de las personas⁸⁷. No se trata de compensar cuotas en su sentido cuantitativo, sino de erigir pesos y contrapesos que permitan a la persona proyectar en un justo equilibrio su propia sucesión, escribir el último capítulo de su biografía, sin más cortapisas que cumplir con los deberes familiares impuestos por la moral y el Derecho, pero no exclusivamente sobre la base de la sangre, del matri-

⁸¹ *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “El fundamento constitucional de la facultad de disponer por causa de muerte”, *Diario La Ley*, No. 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Editorial La Ley, p. 6.

⁸² Si bien en otro contexto histórico, es dable destacar que la Constitución cubana de 1940 reguló la libertad de testar y también las legítimas, en el afán de los constituyentistas de reducir la cuota legitimaria de los descendientes, de dos tercios reconocidos en el Código civil, a la mitad de la herencia. Sobre el tema, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “La sucesión por causa de muerte desde una visión constitucional”, en *Derecho civil constitucional*, Carlos Villabella Armengol, Leonardo B. Pérez Gallardo, German Molina Carrillo, coordinadores, Instituto de Ciencias Jurídicas, Grupo editorial Mariel, México, 2014, en concreto, pp. 327-331.

⁸³ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Estudios sobre la legítima asistencial*, Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima, Lima, 2015, *passim*. Igualmente, PÉREZ SIMEÓN, Maurici, “La legítima en el Código civil ruso. Un análisis histórico y comparado”, en *In Dret*, No. 1/2016, Barcelona, enero 2016, WWW.INDRET.COM, consultado el 23 de octubre de 2017.

⁸⁴ La Corte Suprema Italiana, con la Sentencia No. 14811, de 30 de junio de 2014 (Cas. Sez. II, presidente: Roberto Michele Triola, relator: Vincenzo Mazzacane), resolvió que: “*la calidad de heredero particularmente protegido prevista por el código vigente cubano no es asimilable a la del heredero legitimario regulada por nuestro ordenamiento, en realidad, mientras que la primera institución tutela la condición del heredero que está en condiciones económicas precarias, el heredero legitimario es reconducible a la sucesión necesaria, que atribuye al cónyuge y a algunos parientes muy cercanos del de cuius una cuota intangible de la herencia, a la que estos tienen derecho en base a la relación conyugal o de parentela existente con el difunto, prescindiendo por ende de sus condiciones económicas; es evidente la diversidad radical de las finalidades y los requisitos de ambas instituciones y, por tanto, la insubsistencia de la condición de reciprocidad del art. 16 Disp. prel., dado que según dicha norma el extranjero puede gozar del derecho atribuido al ciudadano italiano solo si demuestra que el estado al que pertenece reconoce un derecho igual o similar al ejercido en Italia, y que el mismo estado, al reconocerlo, no establece ninguna discriminación en perjuicio del ciudadano italiano*”, llegando a faltar los presupuestos para la verificación de la condición de reciprocidad referida por el artículo 16, Disposición preliminar, del *Codice*. Para profundizar en el estudio de esta sentencia *vid. per omnia*, CALÓ, Emanuele, “La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legitimario”, nota a Cass. 30 giugno 2014, n. 14811, *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2/2015, pp. 567-576.

⁸⁵ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L. B., *Estudios...*, *cit.*, *passim*.

⁸⁶ Se insiste en el que el concepto clave ha de ser el de vulnerabilidad, y no otro. Desde el Derecho brasileiro se expone la necesidad de enfocar el Derecho de sucesiones hacia las personas con vulnerabilidad. A tal fin se ha dicho, con toda razón que: “o Direito Sucessório não deve promover a transmissão da herança, indiferentemente, a pessoas aptas a garantirem, economicamente, uma vida digna, quando há pessoas vulneráveis economicamente, ou seja, pessoas com dependência econômica do de cujus ou que, dentre os herdeiros legítimos, não possam prover o próprio sustento”. *Vid.* CARDOSO BRASILEIRO BORGES, Roxana y Renata MARQUES LIMA DANTAS, “Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos”, *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, vol. 11, jan-mar 2017, p. 74.

⁸⁷ Entiéndase que: “A vulnerabilidade econômica no Direito Sucessório não se refere à pessoa que se releva com menos recursos financeiros, mas sim àquela que não possui condições de, por si mesma, assegurar as condições materiais necessárias à proteção de sua dignidade”.

“Não se nega que normas de Direito Sucessório regulam a continuidade do direito patrimonial, com vistas a estimular a produção em vida (...). Mas não podem ser vistas somente sob este ângulo, uma vez que à sucessão também tocam aspectos existenciais, especialmente quando se referem aos vulneráveis no Direito Sucessório”. *Vid.* CARDOSO BRASILEIRO BORGES, R. y R. MARQUES LIMA DANTAS, “Direito das sucessões...”, *cit.*, en concreto, pp. 83 y 89, respectivamente.

monio o de la unión de hecho, sino sobre la base también de necesidades asistenciales, debidamente acreditadas. De esta manera en el epílogo de nuestras vidas se logra un justo equilibrio entre nuestro propio ego y el prójimo.

| 72

2.8. Constitución, autonomía privada y Derecho de las familias: Su repercusión para el Código civil.

Si bien el Derecho de las familias tiene autonomía normativa en el Derecho cubano al estar dotado de un cuerpo uniforme de normas legales que lo constituye el todavía vigente Código de familia, promulgado en 1975 y que ha regido los destinos de nuestra nación durante 44 años, amén de la discusión que en el ámbito doctrinario doméstico todavía podría sostenerse sobre el acierto, o no, de ello y que ha llevado a planos exacerbados de los “autonomistas” a negar incluso la aplicación supletoria de las normas del Código civil, pues si bien es cierto que la familia es el único sostén de cualquier sociedad, “un camino común, aunque particular, único e irrepetible, como irrepetible es todo hombre; un camino del cual no puede alejarse el ser humano”⁸⁸. Esa familia socorrida, ansiada, buscada, querida, amada, remanso de paz, regazo de los más nobles recuerdos, también requiere de las normas del Derecho civil y no solo del Derecho familiar. A fin de cuentas, ambos tienen en común el ser las materias más sensibles y cercanas a la persona. No comparto, por supuesto y eso lo he dicho en disímiles escenarios esa mirada doctrinaria que busca una escisión abismal entre el Derecho civil y el familiar. Ni el primero es exclusivamente patrimonialista al ser el Derecho regulador de la persona, ni el segundo se centra únicamente en afectos y valores, porque no solo atañe al matrimonio sino también al patrimonio. En fin, el artículo 8 del Código civil es para el Código de familia lo que un balón de oxígeno para alguien con dolencia respiratoria⁸⁹.

⁸⁸ JUAN PABLO II, “Carta del Papa a las Familias, con motivo del año internacional de la familia (1994)”, en <http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/magisteriojpii/cartas/familias.htm>, consultada el 3 de mayo de 2005.

⁸⁹ *Sobre la naturaleza supletoria de las normas del Código civil respecto de las del Código de familia, es dable citar varias sentencias, tanto de tribunales de instancia como del propio Tribunal Supremo. Como paradigmática la Sentencia No. 45 de 29 de mayo del 2009, dictada en proceso ordinario, por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana (ponente Roselló Manzano), que en su Cuarto Considerando deja sentado que: “... si bien es indiscutible la independencia legislativa de que goza el Derecho de familia desde la promulgación de un Código propio en mil novecientos setenta y cinco, al que siguió doce años después el Código civil que coherentemente con ello no incluyó un libro*

La autonomía privada no es ajena al Derecho familiar. Las recientes reformas al Código civil y comercial de la Argentina lo han hecho evidente. Se trata de abrir cauces a la autonomía en el Derecho familiar, sobre todo en lo que concierne a las relaciones horizontales.

Según Kemelmajer de Carlucci la autonomía de la voluntad “metafóricamente, designa un cono de luz dentro del cual un sujeto, en un especial ámbito de su propia existencia, goza de poderes particulares. Desde esta perspectiva, la autonomía se presenta como plato de una balanza que cada sistema se

destinado a la regulación de las relaciones familiares, es también innegable que el Derecho no es cosa distinta que un sistema, y que en particular entre Derecho de familia y Derecho civil existe una estrecha relación, como lo demuestra el hecho de que en un gran número de Códigos civiles de nuestra tradición romano-francesa, se sigue el llamado Plan de Gayo, incluyendo la materia familiar, y ello hace que, incluso habiendo el legislador patrio adoptado el Plan de Savigny, haya en ambos Códigos necesarios referentes mutuos, como lo demuestra en el caso del Código de familia, el artículo treinta y siete, que remite a lo legislado en el Código civil en materia de copropiedad; todo lo relativo a la capacidad, que salvo las excepciones conocidas en materia de edad para contraer matrimonio, se rigen por los artículos veintinueve y siguientes del Código civil; la prescripción de la acción para reclamar mensualidades vencidas de la obligación de dar alimentos, claramente coherente con lo preceptuado en el artículo ciento dieciocho del Código civil, por solo citar algunos ejemplos que hacen patente la posición que sostenemos, de la que se sigue que su propio carácter de acto jurídico, hace que le sea claramente aplicable al matrimonio de forma subsidiaria la disciplina de la nulidad regulada en los artículos sesenta y siete y sesenta y ocho del Código civil, en virtud del artículo ocho y la disposición final primera del propio cuerpo legal, supliendo los vacíos que en ese sentido acusa la legislación familiar, y debiéndose notar que el sostenimiento de una posición contraria implicaría, además de la desatención a los argumentos técnicos propuestos, la nefasta consecuencia de no contar con una solución normativa para decretar la nulidad de actos jurídicos matrimoniales que persiguen fines extraños a dicha institución, a placer de quienes se sirven de ella para alcanzar dichos resultados o para defraudar las prohibiciones que establecen normas imperativas”.

Posición que igualmente ha abrazado el Alto Foro en su Sentencia No. 406 de 31 de mayo de 2016, (ponente Acosta Ricart), que en su primer Considerando dispone que: “... no resulta acertada la valoración del Tribunal al estimar como únicas causales de nulidad del matrimonio las contenidas en el artículo cuarenta y cinco del Código de Familia, sin estimar la supletoriedad del Código Civil con relación a otras leyes a que se contrae su artículo ocho; (...) pues desconoce el Tribunal que para el jurista moderno, la doctrina de la nulidad matrimonial encuentra lógica justificación partiendo de la consideración del matrimonio como acto jurídico, entonces cabe configurar la nulidad matrimonial como la sanción civil por ausencia o imperfección de alguno de los requisitos o condiciones legalmente requeridos para la válida formación del vínculo; en consecuencia, como acto jurídico no pueden serles ajenos los requisitos esenciales para cualquier acto jurídico, por tanto cuando así corresponda nada impide se aplique el precepto que corresponda del artículo sesenta y siete del Código Civil, en cuyo caso la acción resulta imprescriptible y podrá ejercitarse por persona interesada o por el Fiscal, según lo establecido en su artículo sesenta y ocho (...)”.





esfuerzo por mantener en equilibrio con el peso de la tutela de los intereses sobre-individuales⁹⁰. El paso más importante para la democratización del Derecho de las familias lo ha sido su constitucionalización. Si bien la Constitución de 1940 y la Constitución de 1976 dedicaron capítulos a la familia⁹¹, la Constitución de 2019 rompe esquemas tradicionales y potencia la autonomía en el ámbito del Derecho familiar. De esta forma toda persona, en razón de su libertad y conforme con su proyecto de vida puede ejercitar libremente el derecho a fundar una familia, cuyo modelo puede ser construido precisamente en razón de la dignidad como presupuesto ontológico de cada persona, y según ese proyecto de vida familiar que en todo caso debe responder a presupuestos éticos.

Las dinámicas sociales han dado un impulso a las concepciones que desde el Derecho, tradicionalmente se ha tenido de la familia, a partir de un enfoque de pluralismo que permite ensanchar su concepto tradicional, todavía anclado a la familia nuclear, o sea, el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial. Ha operado pues un proceso de repersonalización en las relaciones familiares en la búsqueda de atender los intereses más valiosos de las personas: afecto, solidaridad, lealtad, confianza, respeto, amor, felicidad. Por ello, las familias, y no la familia, plural enfático del constituyente cuando le da un *nomen iuris* al Capítulo III del Título V, de modo que como expresa el artículo 81 de la Constitución: “*El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización*”, cada una con sus particularidades, con su entramado de relaciones, con sujetos definidos que merecen visibilidad. Todas ellas además, conforme con el canon de la igualdad previsto en el artículo 42 constitucional.

Modelos familiares que pueden constituir según el proyecto de vida o por vía del matrimonio o a través de la unión de hecho, ambos con sus efectos jurídicos disímiles, pero no por ello protectores, por supuesto según el grado de intensidad del compromiso asumido, así serán los efectos jurídicos que la norma de desarrollo, en este caso el nuevo Código de las familias que vendría a sustituir el vigente, ha

de establecer. Será la pareja la que decida qué compromiso asumir, si a partir del matrimonio o al margen de este, conforme con la una unión convivencial o de hecho que ha constituido, cualquiera sea la orientación sexual de los miembros de la pareja. De ahí que, formalizar matrimonio o no es un derecho de cada persona, ejercitable *ad nutum*.

Por eso, “dado que hay un derecho a la vida familiar y a no casarse, el legislador no puede aplicar a la unión convivencial todos los efectos del matrimonio porque esa solución implica eliminar la opción, la autonomía, la elección de no casarse, ya que de una u otra manera se aplicarían los mismos efectos. Por lo tanto, y conforme a su propia realidad, el legislador debe decidir qué efectos corresponde aplicar y cuáles no”⁹². Será la labor de un neurocirujano la que le competará a los legisladores del nuevo Derecho familiar cubano. No podrá actuar con vehemencia ni con pasiones exacerbadas. Al filo del precepto constitucional, según los párrafos segundo y tercero del artículo 82, la ley determinará los efectos del matrimonio, y en materia de unión de hecho, los derechos y obligaciones que bajo las condiciones y circunstancias que la ley también determinará, le serán atribuidos. Sin dudas, la Constitución aboga por las diferencias entre los modelos familiares, dejando al legislador ordinario la criba de los que corresponde a uno y a otra. Acercarlos en pos de una pretendida igualdad, conllevaría a anular la autonomía familiar, pues quien ha apostado por la unión de hecho, es porque el matrimonio no es el modelo familiar que se ajusta a su proyecto de vida.

Y este poder de decisión de la pareja ha de extenderse, a modo de *lege ferenda*, a la determinación del régimen económico del matrimonio, sobre la base de un régimen primario que cautele los derechos básicos de la pareja sustentados en el auxilio y la solidaridad familiar, pero que a la vez permita a los cónyuges decidir con entera libertad, siempre que se respeten los principios generales de la contratación, las normas imperativas del Derecho familiar y al orden público, conjugándose de ese modo, de manera armónica y equilibrada el principio de autonomía privada y los valores medulares de las familias.

Para la estipulación del régimen económico del matrimonio en capitulaciones, el Derecho puede actuar desde dos posiciones extremas, que van desde un mandato legal que impone un determinado régimen a los esposos y que elige el legislador sin intervención de la voluntad de las partes a la plena libertad de estipulación para los contrayentes en virtud

⁹⁰ KEMELMAJER DE CARLUCI, A., “La autonomía de la voluntad...”, *cit.*, p. 4.

⁹¹ En el caso de la Constitución de 1940 la familia se reguló conjuntamente con la cultura (*vid.* al respecto, MEDEROS RODRÍGUEZ, Eduardo B., *La familia y la cultura en la Constitución cubana*, Jesús Montero editor, La Habana, 1948, p. 78). La de 1976, sí que le dedicó un capítulo *ad hoc*.

⁹² KEMELMAJER DE CARLUCI, A., “La autonomía de la voluntad...”, *cit.*, p. 18.

de la autonomía privada, incluyendo todas las variantes intermedias posibles⁹³.

En fin, el nuevo Derecho familiar que ya comienza a construirse tras la sombra constitucional deberá otorgar un amplio margen de libertad a los capitulantes para que se sometan a algunos de los regímenes típicos que la ley admite o para adoptar uno de ellos con las modificaciones y combinaciones que estimen pertinentes, y al mismo tiempo configuren un régimen patrimonial que rija los efectos económicos de su matrimonio, organizado y estructurado por ellos mismos y que podrían denominarse atípicos o innominados⁹⁴, sin más limitaciones que las señaladas expresamente por el propio Código. El principio de la libertad capitular presupone igualmente la libertad de concertar el contrato lo mismo antes que después de la constitución del matrimonio, y la posibilidad de modificarlo durante la vigencia del vínculo matrimonial.

El Derecho filiatorio tampoco ha de regirse exclusivamente por normas imperativas, la voluntad procreacional se erige como tercera fuente de la filiación. El Derecho cubano tiene que dar cobertura a lo que acontece en la realidad. Al aplicarse las técnicas de reproducción humana asistida –como acontece en el ámbito médico cubano, dotadas además de gratuidad–, se está previendo que la voluntad es el título habilitante de la filiación en supuestos sobre todo de inseminación artificial o FIVTE heterólogas, o sea, aquellas en la que no hay convergencia entre el progenitor o progenitores y el padre o la madre legal, en tanto estos últimos son los que han manifestado su intención de convertirse en tales aunque no hayan sido ni los titulares del material genético, ni en el caso de la mujer, la madre portadora, que tampoco tiene por qué coincidir con la madre gestante. Y no menos trascendente lo es el reto de democratizar la filiación, en el sentido de que sean los progenitores por acuerdo entre ellos quienes determinan el orden de los apellidos, como

⁹³ Se trata de la aplicación en mayor o menor medida del principio de autonomía de la voluntad en el otorgamiento del contrato matrimonial. Otra cosa bien distinta sería la de las legislaciones que no conceden libertad alguna para concertar capitulaciones y prevén un solo tipo de régimen legal con carácter imperativo, anulando radicalmente la posibilidad de establecer cualquier otro pacto relacionado con el matrimonio. Tal es el caso en América Latina, únicamente de Cuba que impone como único régimen económico matrimonial el de la comunidad parcial de bienes (*vid.* artículos 29 y siguientes, de aplicación, del Código de familia).

⁹⁴ Sin embargo, en la práctica estos sistemas son difíciles de aplicar, ya que en la mayoría de los casos los cónyuges no tienen los conocimientos técnicos y la previsión necesaria para organizar correcta y coherentemente un régimen económico. No obstante, el asesoramiento notarial sería lo idóneo.

parte del libre desarrollo de la personalidad y de la autonomía privada en el ámbito familiar⁹⁵.

La elección de la vía a través de la cual se pone fin al matrimonio, sea esta notarial o judicial, también forma parte de las libertades que tiene la pareja, no solo de poner fin al matrimonio, sino también de elegir si lo hacen a través de convenciones aprobadas en sede notarial o en sede judicial. Cuba ha sido un país tradicionalmente divorcista y fue el primer país en regular, en el año 1937, un divorcio por mutuo acuerdo ante notario⁹⁶. Las reglas establecidas hoy en el Decreto-Ley 154/1994, de 6 de septiembre y su Reglamento (Resolución No. 182/1994, de 10 de noviembre del Ministro de Justicia) sientan como basamento que el divorcio como acto jurídico familiar es expresión de la voluntad de los divorciantes. Con la atribución al notario de la competencia para conocer de la separación y el divorcio “(s)e busca adecuar el procedimiento a la nueva fisonomía del divorcio, a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos; pues el ejercicio de un derecho no implica necesariamente su judicialización. Y, justamente, la potenciación de la autonomía de la voluntad de los cónyuges no implica en modo alguno, la *privatización* del divorcio”⁹⁷.

Se trata en definitiva de un control de autoridad, en tanto no hay una degradación del control estatal sobre el vínculo matrimonial que se rompe a causa del divorcio. No funciona en el divorcio el principio de autonomía privada como acontece en sede contractual. La manera de dibujar las convenciones en el divorcio, no son tan amplias como en el contrato, ni tampoco pueden supeditarlos a condición, ni a término, ni imponerle un modo. Ni tampoco el contenido del divorcio es esencialmente patrimonial, como acontece en los contratos. Según Pérez de Ontiveros: “Admitido el valor que ha de darse a esta autonomía de la voluntad en la separación y disolución del vínculo, y en la necesidad de un control de la decisión adoptada y las medidas que la acompañan, el debate se centra en el hecho de si tal control debe atribuirse necesariamente a los órganos jurisdiccionales o encomendarse a otros profesionales al

⁹⁵ *Vid.* en el contexto cubano, ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “Los principios de igualdad y no discriminación y el orden de los apellidos”, en *Revista de Derecho de familia y de las personas*, año XI, No. 1, Buenos Aires, febrero 2019, pp. 158-174.

⁹⁶ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Divorcio por mutuo acuerdo ante notario*, ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2018 y los distintos trabajos contenidos en él, desde perfiles diferentes.

⁹⁷ CULACIATI, Miguel, “Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en la Argentina”, en *Revista Ius*, del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, No. 36, año V, invierno 2015, p. 385.





servicio del Estado, (...)”⁹⁸. El notario es un profesional del Derecho en quien el Estado delega el ejercicio de la fe pública, precisamente para dar autenticidad, legitimidad y veracidad a la actuación de los particulares. No se trata de privatizar el Derecho de familia ni tampoco de contractualizarlo. Potenciar la autonomía privada no significa convertir en contrato las instituciones en las que en esta se fortalece, como si fuere el Rey Midas. Permitir que la pareja pueda acudir ante el notario para instrumentar su decisión de desvincularse sin probar causa alguna que “justifique” la disolución, no implica que el Estado no tenga interés en proteger la familia, y en consecuencia no controle de algún modo la decisión de los cónyuges. El notario está precisamente para ello. No se trata de una transformación copernicana del divorcio, sino de encauzarlo por las vías que más se atengan a su propia naturaleza, conforme con la autonomía privada de los cónyuges y los reclamos sociales.

El nuevo Derecho familiar cubano ha de prever, además, la posibilidad de acuerdos de parentalidad. El divorcio pone fin a la pareja conyugal pero no, a la pareja parental, por ello y en la medida en que se democratiza la familia, se hace necesario que padre y madre acuerden con previsión de futuro las pautas en las que se sustentará el cuidado de los hijos e hijas, determinándose a tal fin, no solo prestaciones de contenido económico como los alimentos, sino otras de índole personal-afectivo como el régimen relacional con los hijos, entre ellos el cuidado compartido en los casos en que resulte lo más beneficioso para el interés superior de los menores. Explica Abboud Castillo que se trata “de dar espacio a las voluntades de padre y madre, para que autorregulen su situación familiar luego de producirse la separación de pareja”⁹⁹, respondiendo con ello a “una orientación contemporánea del Derecho de familia, que propugna mayores márgenes para la autonomía privada expresada en la libertad de las personas para ordenar su esfera íntima, con mínima intervención de autoridad pública, sin abandono del debido respeto al principio constitucionalizado de protección a la familia (...)”¹⁰⁰.

Y en materia de unión de hecho ha de habilitarse a los miembros de la pareja la posibilidad de pactar, a través de escritura pública, sobre el contenido personal y patrimonial de la unión que voluntariamente

conciertan y que inscriben a los fines de oponer los efectos frente a terceros, pero sin que ello tenga eficacia constitutiva de la unión. Es la pareja la que ha de dotar de contenido a ese acuerdo o convenio o incluso contrato.

En fin, se trata de potenciar la autorregulación de los intereses familiares, siempre a tono con los intereses públicos atendibles, la solidaridad familiar y el interés superior del menor como límites infranqueables a esa autonomía, también generadora de preceptos o normas jurídicas con igual eficacia que las legales. En ese sentido se ha de dar preferencias también a la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, en la medida en que las capacidades de ellos se asientan, gradualmente perderá protagonismo el papel sustitutivo de padres y madres. A mayor autonomía progresiva, menor será la intensidad de la sustitución por sus progenitores. Y similar acontece con las personas de la tercera edad. El artículo 88 de la nueva Constitución reconoce expresamente su autodeterminación, y el ejercicio pleno de sus derechos, pero desde su propio yo, ejercitados en primera persona. Tal autodeterminación supone el validismo, la realización personal, el desarrollo de su proyecto de vida, e incluso el otorgamiento de actos en previsión de su propia discapacidad. Según Pereira Pérez: “debe ser congruente el ejercicio de la autonomía con el concepto de persona, ya que es a ella a quien se le reconoce y quien puede fácticamente ejercitarla, o sea, que la autonomía no tiene sentido si no va unida a los seres humanos y su convivencia en sociedad, siendo ese el escenario en el que se presenta como un fenómeno verdaderamente trascendente, manifestándose en la toma de decisiones esenciales, primero para la individualidad y después frente a otras personas, a la familia, a la comunidad, a la sociedad o al Estado”¹⁰¹.

3. Arterias y venas del torrente jurídico: la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico a la luz de las normas de desarrollo.

Es necesario educar, instruir, enseñar desde las aulas universitarias con sentido y vocación de sistema, sin pensar que las materias que impartimos son la quintaesencia del Derecho. Constitución y Código civil se convierten en la piedra angular eso sí, de nuestro sistema jurídico y ello con sentido de unidad, en cuanto en la base del ordenamiento jurí-

⁹⁸ PÉREZ DE ONTIVEROS, Carmen, “Separación y divorcio matrimonial: una lectura inicial tras las modificaciones introducidas por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, BIB 2015\15870. Thomson Reuters Aranzadi, 25 de noviembre 2015 (tomado de westlaw).

⁹⁹ ABBOUD CASTILLO, Neylia L., *El cuidado compartido. Una propuesta viable*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 106.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ PEREIRA PÉREZ, Joanna, “El acto en previsión de la propia discapacidad o incapacitación”, *Tesis en opción al grado de doctora en ciencias jurídicas*, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana 2018, p. 34 (en biblioteca de la Facultad de Derecho).

dico hay que presuponer la primera como norma fundamental a la cual se adscribe el Código como el resto de las normas jurídicas de desarrollo constitucional, teniendo en cuenta, no obstante, el valor preeminente que en cualquier sociedad siguen teniendo los códigos civiles. No quiero ofrecer discusiones diletantes sobre el valor o no supletorio que puedan tener las normas jurídico-civiles, pero, aun así, recuerdo solo el artículo 8 y la Disposición Final Primera del Código civil cubano. Entiendo que el Derecho público tiene sus propios principios y reglas, con la autonomía que en Derecho es dable hablar, a fin de cuentas, ello siempre en términos muy relativos, pero los principios generales del Derecho que se destilan del Código civil pueden ser de aplicación, más allá de la distinción etérea y bizantina entre el Derecho público y el Derecho privado, en realidad “no existe un derecho puramente público ni un derecho exclusivamente privado. En cada uno de ellos existe una determinada injerencia del otro (...)”¹⁰². La relación jurídica, la prescripción, la caducidad, el cómputo de los plazos de tiempo, la capacidad jurídica, la personalidad jurídica, la propiedad, las situaciones de copropiedad, la hipoteca, el derecho real de prenda, el acreedor, el deudor, la compraventa, la permuta, la donación, la fianza, la declaración judicial de ausencia, la declaración judicial de presunción de muerte, la representación, el apoderamiento, el legado, la herencia, la legítima, la partición hereditaria, los órdenes sucesorios, son categorías del Derecho civil, pero tomadas por las ramas que después alcanzaron independencia en términos relativos, de manera que cuando en la legislación especial se emplean estos términos “siempre se estará aludiendo a la de esos institutos que aparecen en el Código”¹⁰³. Al decir del profesor Giorgio Cian, “el Código civil sigue siendo el telón de fondo de toda la legislación especial y es a la vez el tejido conectivo que vincula a todas las leyes especiales y las torna intelegibles”¹⁰⁴. La cuestión está en el empleo, interpretación, adaptación de las categorías jurídico-civiles, en su utilización como herramientas metodológicas para entender el Derecho.

El gran desafío de la Constitución de la República de 2019 es su propia aplicación, ya sea como norma suprema con eficacia directa, como cúspide de todo el ordenamiento jurídico, a partir de la supremacía constitucional (artículo 7) o a través de normas de desarrollo que actúan como venas que irrigan el torrente jurídico a partir de los postulados

constitucionales situados en la arteria principal de todo el sistema jurídico del Estado. Ha de tenerse en cuenta que “el legislador solo incide en el derecho cuando es llamado a ello por mandato constitucional mediante reserva de ley, siempre con el objeto de complementar el postulado de la norma iusfundamental, desarrollar el derecho y crear las condiciones más favorables para su ejercicio”¹⁰⁵. Por esa razón será necesario dictar un número significativo de normas legales, e interpretar las vigentes desde el prisma de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos integrados al ordenamiento jurídico cubano (*vid.* artículo 8 constitucional). Todo ello con un sentido de coherencia, sistematicidad, integración, más allá de los límites que tradicionalmente se han erigido entre el Derecho público y privado. Al decir del Rodotà “(l)a Constitución (...) no se contenta con dar relieve a cualquier forma de existencia, sino a la que da plenitud a la libertad y a la dignidad. Nos hallamos frente a un complejo nudo gordiano, frente a un juego de toma y daca que no solo prohíbe abstraerse de las condiciones materiales, sino que establece una relación necesaria entre existencia, libertad, dignidad (no solo individual sino «social»), desarrollo de la personalidad (en una dimensión señalada por la igualdad)”¹⁰⁶. Y en esos planos han de orientarse las leyes posteriores. Deben ser portadoras de los valores que la Constitución enarbolaba, en tanto “el postulado constitucional limita y mandata al legislador ordinario de dos formas: vedando su actuación en el espacio del contenido que configuró el constituyente y habilitándolo para que incida sobre él desarrollándolo”¹⁰⁷.

En fecha anterior a la reforma constitucional, pero próxima a ella, nos alertaba la profesora Prieto Valdés que: “urge que frente a leyes de desarrollo no nacidas, demasiado ambiguas o lacónicas en su decir, o con carácter restrictivo o modificador de los contenidos, se asuma a la Constitución, sus principios y valores positivados, como regla directa, y que mediante la interpretación judicial conforme a ella, se brinde la garantía primera de los derechos, sea cual sea la rama jurídica o la sede judicial que compete y que, por esa vía, se asegure la primacía y res-

¹⁰² FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar...*, cit., p. 616.

¹⁰³ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho civil. Parte general*, tomo I, 5ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 61.

¹⁰⁴ CIAN cit. pos RIVERA, J. C., *Instituciones...* I, cit., p. 61.

¹⁰⁵ VILLABELLA ARMENGOL, Carlos, “Derechos fundamentales y derechos de la personalidad. Una relación conceptual no siempre bien resuelta”, *Derecho Civil Constitucional* (Carlos Villabella Armengol, Leonardo B. Pérez Gallardo y Germán Molina Carrillo, coordinadores), Grupo editorial Mariel, México, 2014, p. 92.

¹⁰⁶ RODOTÀ, S., *El derecho...*, cit., p. 150.

¹⁰⁷ VILLABELLA ARMENGOL, C., “Derechos fundamentales...”, cit., p. 92.





peto de la ley aprobada soberanamente por el pueblo”¹⁰⁸.

“La Constitución -como decía Calamandrei- debe ser próspero, debe ver a lo lejos y no ser miope”¹⁰⁹ solo así es capaz de atemperarse a los movimientos pendulares de la sociedad, de la economía y también de la política. En este sentido se hace necesario el respeto al principio de reserva de ley como garante de la legitimidad de los actos normativos creados por el poder legislativo. No se olvide que las normas constitucionales son normas productoras de normas inferiores, pero con vocación de sistema. Se trata de esa unidad sistemática, esa totalidad ordenada, descrita por Bobbio¹¹⁰, esa coherencia que permite comprender el ordenamiento jurídico con ese sentido de sistema en el que cada norma inferior se intercomunica con las de igual jerarquía y constituyen todas los brazos de la propia Constitución.

4. Tras la Constitución de 2019: ¿Los días del vigente Código civil están contados?

Uno de los grandes maestros del Derecho civil italiano Massimo Cesare Bianca ha apuntado que los códigos civiles siguen satisfaciendo dos necesidades esenciales, a saber: la igualdad y la racionalidad¹¹¹.

Por su parte, otro genio del Derecho italiano, el maestro Guido Alpa, le atribuye a los códigos una triple función: ser el espejo de la sociedad, servir de regulación a las relaciones civiles y servir también de laboratorio de interpretación¹¹². Por su parte desde la Argentina, el profesor Rivera apunta – con razón-, que “lo caduco es la ilusión racionalista de consagrar en un código el derecho de manera definitiva, permanente, estable. El derecho muda, cambia constantemente, y ello debe reflejarse en el Código (...)”¹¹³.

Los códigos civiles son el estandarte del estatuto mismo de la persona, como lo es el Derecho civil. Al decir -siempre castizo-, del profesor Rogel Vide “(e)l denominador común de las todas las instituciones civiles, complejas y dispares entre sí, es la persona. La vida jurídica de la persona es el contenido del Derecho civil. El Derecho civil es, pues, el Derecho de la persona, pero de la persona en sí mi-

sma considerada, abstracción hecha de cualidades o adjetivos que puedan interesar a otros derechos”¹¹⁴. Por ello, -sigue diciendo el profesor Rogel-, el Derecho civil centra su atención en “los actos del hombre más genérico, titular de un patrimonio y miembro de una familia”¹¹⁵.

El Código civil cubano de 1987 responde a un momento histórico, social, económico y cultural diferente. No me atrevo a avizorar si estamos hoy en el momento preciso para una revisión íntegra de las normas del Código civil, pero no cabe duda que ella se impondrá. “Las circunstancias o condiciones para una nueva codificación o para una recodificación deben ser comprobadas –y reveladas– con estudios técnicos, que bien pueden ser realizados en el ámbito universitario. Dichos estudios técnicos no tendrán que ver, exclusivamente, con la puesta al día de la normativa vigente que se haya importado en un proceso previo de codificación civil, o sea, con la información que se procuran los académicos sobre las modificaciones de los códigos que sirvieron de modelo al nacional, que a veces hacen sentir la necesidad de actualizar también el texto nuestro. La verdadera labor universitaria radicará en la comprobación de lo adecuado de las leyes a los problemas concretos”¹¹⁶. La Constitución –aclaro- en los temas que hoy nos conciernen, ha constituido un sismo de gran intensidad para todo el sistema jurídico cubano, cuyas réplicas serán continuas y constantes, justo en la misma medida en que se reformen las distintas leyes especiales que conforman el ordenamiento jurídico, con indudable incidencia en el Código civil. Por ello, se refuerza la idea de la inmediatez de la necesidad de un nuevo Código de las familias lo que es tan evidente como el aire que respiramos, de una ley de protección a los consumidores, de una sobre identidad y protección de datos personales, otra sobre protección animal, sobre ciudadanía, sobre asociaciones, fundaciones y otras personas jurídicas, sobre la empresa, que incluya el estatuto de la pequeña y mediana empresa, e igualmente la empresa familiar, y su transmisión por actos entre vivos y por causa de muerte, sobre el concurso y la quiebra, sobre el régimen jurídico de la propiedad rústica en Cuba y su transmisión, sobre el régimen inmobiliario y la publicidad registral, sobre protección a las personas en situación de discapacidad, sobre derechos de autor y otros derechos conexos, sobre libertad de cultos, amén de las refor-

¹⁰⁸ PRIETO VALDÉS, M., “La Constitución, el Código civil...”, *cit.*, p. 52.

¹⁰⁹ CALAMANDREI, Piero, *Intervento* (4 de marzo de 1947), en *Asamblea constituyente. Acti e discorsi politici II. Discorsi parlamentari e politica costituzionale*, ed. de N. Bobbio, La Nuova Italia, Florencia, 1966, p. 40.

¹¹⁰ BOBBIO, N., *Teoría general...*, *cit.*, p. 177.

¹¹¹ RIVERA, J. C., *Instituciones...*, *cit.*, p. 58.

¹¹² *Idem*, pp. 58-59.

¹¹³ *Ibidem*, p. 59.

¹¹⁴ ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho civil – método y concepto-*, Temis Ubijus, Reus, Zavalía, Bogotá, México D. F., Madrid, Buenos Aires, 2010, p. 327.

¹¹⁵ *Idem*, p. 328.

¹¹⁶ LEÓN, Leysser, “Universidad y cultura de la codificación civil,” en *Global Jurist*, vol. 7: Iss. 1 (Topics), Article 1, 2007, p. 21.

mas a las leyes procesales, e igualmente a la ley notarial, solo por citar algunos de los ejes temáticos que deben girar al compás de las manesillas de la Constitución. Por ello, es difícil aventurarse en las naves de la recodificación civil. ¿Estamos justo en el momento? Una respuesta basada, más que en la lógica, en la necesidad urgente y perentoria del tráfico jurídico, apostaría por el sí. El Código no resiste los embates de la reforma legislativa que se le viene encima y requiere con premura desarrollar los principios y derechos reconocidos en la Constitución. Tómese en cuenta que el Código civil cubano ha nacido con una obsolescencia precoz. Una respuesta más mesurada, quizás reposada, apostaría por un después, prefiriendo la urgencia de las materias especiales. Con tal orientación cabría embarcarse en aquellas naves que conduzcan a los satélites antes de llegar al centro del ordenamiento jurídico privado, de modo que las reformas al Código serían parciales y paulatinas, corriéndose el riesgo de la falta de unidad, de coherencia y de sistematicidad.

El Código civil -sin que se le atribuya valor residual- debe ser expresión de los principios generales del Derecho privado, sus valores, categorías, instituciones. Ello en perfecta armonía con las leyes satelitales que en razón de su especialidad tienen razón de existir, sin perder la medida del todo y las partes, de los árboles y el bosque.

La dinámica de las relaciones sociales y económicas de Cuba ha llevado a que el panorama vivido durante el proceso de codificación haya cambiado sustancialmente de la época, a la actualidad. Ciertamente es un período breve, y el Código que es aún joven, debería enfrentar con lozanía y júbilo los retos que se avecinan. Sin embargo, cabría pensar si el espíritu del Código y el dictado de sus propias normas pueden cobijar las nuevas personas jurídicas que aparecen en escena en el modelo económico que ensayamos en la actualidad. Coincidiendo en que las normas especiales pudieran dar respuesta a este fenómeno, pero estas normas deben concebirse como satélites del Código civil para mantener la visión de sistema que el Derecho exige.

En ese Estado socialista de Derecho y de justicia social que es la República de Cuba (*vid.* artículo 1 constitucional), la Constitución es la fuerza centrífuga del ordenamiento jurídico (*vid.* artículo 7 regulador de la supremacía constitucional). A ella nos encomendamos los juristas, pero el Código civil -que como dice Cabrillac para los franceses es la Constitución civil de una nación¹¹⁷-, necesita acom-

pasarla. La revisión de nuestras normas jurídicas no puede quedar a nivel constitucional, el Código civil, como herramienta esencial en cualquier sociedad es un sensor que capta los más imperceptibles movimientos económicos y sociales que atañen a la persona.

El Código civil cubano de 1987, amén de sus desciertos técnicos, es obra de una nación. Identifica a la nación cubana. Sus autores apostaron por su subsistencia, porque creyeron en el Derecho civil.

El Código civil es y seguirá siendo la brújula que nos orienta en los difíciles momentos en que los operadores del Derecho tenemos que, proa en mano, dirigir nuestras naves hacia los más recónditos terrenos jurídicos, inexplorados por demás. No se trata de su valor supletorio, sino del método que ofrece, del razonamiento a que nos conduce su regulación, del encuadre *more* geométrico de sus instituciones, que permite al jurista cavilar, pensar, discurrir y navegar por otros lares. Como dice el maestro Cabrillac “(u)n código es mucho más que el conjunto de artículos que le componen (...) el continente trasciende al contenido. Un código adquiere frecuentemente una dimensión simbólica que lo traspassa. Más allá de la materia civil que este regula (...)”¹¹⁸.

No olvidemos lo que nos enseña la historia – y también la doctrina científica-, “(u)n país donde el código civil no sea visto con respeto a la investidura que le es connatural, por el bagaje cultural que él encierra o ‘simboliza’, será un país donde la cultura de la codificación civil no ha arraigado, o donde la legitimidad del código no ha sido bien construida”¹¹⁹.

unifica (...) la Nación y se identifica con la Nación”. También CORRAL TALCIANI, H., “La descodificación...”, *cit.*, p. 642, quien expresa que “lo que queda claro desde el principio es que el *Code* es el derecho privado común y general, e incluso, mediante su título preliminar, es también el derecho común del derecho público”.

¹¹⁸ CABRILLAC, R., “¿Es el Código Civil...”, *cit.*, p. 297.

¹¹⁹ LEÓN, L., “Universidad y cultura...”, *cit.*, p. 6.

