



RNPS: 2316

COLECCION JURIDICA No. 72

Artículos, Monografías y Ensayos de interés

EDICION ELECTRONICA

No. 72 Año 19 septiembre-diciembre 2018

CONSEJO DE REDACCION

- **Dr. Juan Mendoza Díaz**
Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal
e.mail: mendoza@lex.uh.cu
- **Ms C. Yarina Amoroso Fernández**
Presidenta de la Sociedad Cubana de Derecho e Informática
e.mail: yarinamoroso@gmail.com
- **Rosario Fernández Novoa**
Oficina Relaciones Públicas
e.mail: presidencia3@unjco.co.cu,
presidencia3@gmail.com

Unión Nacional de Juristas de Cuba
21 No. 552 esq. a D, Vedado, Plaza, Habana 4
La Habana, C.P. 10400
Teléfonos: 7832-9680/7832-7562
E.mail: unjc@unjco.co.cu

En la presente edición:

ARTICULOS

- **Especial referencia a la Universidad de Guantánamo y el desarrollo de variedades vegetales**
Autoras: MsC. Karina Abad Samón y MsC. Liyuvi Reyes Silva
- **La Mediación y los Convenios de La Haya sobre Relaciones Internacionales de Familia. Su aplicación en Cuba**
Autora: Dra. Maelia E. Pérez Silveira
- **La actuación notarial en la instrumentación de actos que comprenden derechos de las personas en situación de vulnerabilidad**
Autoras: Dra.C. Aliani Díaz López y MsC. Ana María Pereda Mirabal
- **LIBROS Y REVISTAS**
Comentarios

El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de sus autores y no necesariamente refleja la opinión de la Organización

- **Nos resultaría de mucha utilidad que nos acusaran recibo por esta vía y enviaran sus sugerencias y recomendaciones**
- **Si conoce de otros juristas interesados en recibir las publicaciones electrónicas de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, favor informarnos su e.mail para enviárselas**
- **Si desea publicar un trabajo puede remitirlo a los miembros del Consejo de Redacción, por correo electrónico o entregarlo directamente en soporte magnético en la sede Nacional de la UNJC**

Especial referencia a la Universidad de Guantánamo y el desarrollo de variedades vegetales

Autoras:

MSc. Karina Abad Samón. Profesora Principal Asistente de Derecho de Autor y Propiedad Industrial de la carrera de Derecho. Universidad de Guantánamo, email: karinaa@cug.co.cu

MSc. Liyuvi Reyes Silva. Asesora Jurídica Unidad Empresarial de Base Confecciones Ambar de Guantánamo y Profesora Asistente de Derecho de Mercantil de la carrera de Derecho. Universidad de Guantánamo, email: liyuvi@ambar.co.cu

RESUMEN

La protección a las variedades vegetales es un tema muy poco discutido en Cuba, aun y cuando existan normas específicas, la posibilidad de registrar se encuentra limitada, lo que genera perjuicios morales y patrimoniales en la esfera social de los obtentores. De ahí que el objetivo haya sido determinar vías indirectas de protección para estas obtenciones. Los métodos empleados fueron el jurídico-comparado, el jurídico-analítico y el análisis bibliográfico de textos clásicos y modernos. Los resultados obtenidos fueron la comparación de los sistemas de protección existentes, el análisis de las ventajas y desventajas de las formas de protección existentes, los presupuestos teórico-legales a tener en cuenta en futuras regulaciones y un material bibliográfico de consulta. A partir de la metodología empleada asumimos el criterio de que una correcta delimitación conceptual permitirá la adecuación de las normas a fin de revalorizar del trabajo agrícola.

Introducción: El nuevo modelo de economía a nivel mundial sitúa al conocimiento y a la innovación como los motores de competitividad y desarrollo de largo plazo. Tal y como ha señalado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) la innovación es fuente crucial de competitividad efectiva, de desarrollo económico y de transformación social.

La agricultura ha acompañado al hombre en casi todo el transcurso de la historia, desde que este decidió alimentarse no solo de la caza y la pesca, sino de las plantas que le proveía inicialmente la naturaleza y luego el esfuerzo propio por cultivarlas. Unido a ello se encuentra entonces la preocupación constante por mejorar las variedades vegetales que le sirven de sostén para lograr mayor resistencia a las plagas y cambios climáticos, así como mayor productividad¹, inicialmente a través de métodos tradicionales y más recientemente con las modificaciones del material genético de las plantas.

La innovación en el sector agrícola representa en el mundo de hoy un eslabón esencial para el progreso, debido a la crisis mundial, el cambio climático y las crecientes demandas alimentarias de la sociedad. Para lograr este desarrollo en este sector se requiere tiempo, recursos, mano de obra, y por ende una buena instrumentación de políticas públicas que respalden este proceso. De manera general las innovaciones biotecnológicas pueden ser protegidas tanto por patente de invención como por derecho de obtentor.

En términos biológicos se denomina planta a los seres vivos fotosintéticos, sin capacidad de locomoción y cuyas paredes celulares se componen principalmente de celulosa. Taxonómicamente están agrupadas en el reino *Plantae* y como tal constituyen un grupo monofilético eucariota conformado por las plantas terrestres y las algas que se relacionan con ellas, sin embargo, no hay un acuerdo entre los autores en la delimitación exacta de este reino²

¹Jördens, Dr. Rolf: (2010) Ventajas de la protección de las variedades vegetales. Disponible en http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2010/03/article_0007.html. Consultado en fecha 20 de junio de 2014.

²En el ámbito de la botánica, se pueden encontrar otras definiciones: por ejemplo, la definición según la cual una planta es "cualquiera de los diversos organismos fotosintéticos, eucariontes, pluricelulares, del reino plantae que típicamente producen embriones, contienen cloroplastos, tienen paredes celulares que contienen celulosa, y carecen del poder de locomoción", disponible en inglés en: <http://www.thefreedictionary.com/plant>, u otra definición que explica que una planta

Siguiendo esta línea de pensamiento la noción de plantas es más amplia que la noción de variedad vegetal, siendo esta última un organismo vivo que pertenece al reino vegetal³ o al reino de las plantas.

¿Cómo definir entonces que es una variedad vegetal? Una variedad vegetal es la subdivisión más baja dentro de una especie. Dentro del reino vegetal se establece un sistema de jerarquía con varias divisiones, encontrándose en este orden del reino vegetal que las plantas se clasifican en reino, división, clase, orden, familia, género y especie, si se analiza de manera descendente. A este orden se le denomina taxones⁴, es decir, el conjunto de plantas que tienen características comunes que las distinguen del resto. La especie es el último eslabón de la cadena, la unidad básica de clasificación de los seres vivos.

Métodos:

Los métodos empleados en el desarrollo de del trabajo fueron los siguientes:

Jurídico-comparado: Resulta de gran utilidad al momento de analizar el tratamiento del tema en otros países, de manera que puedan constituir un paradigma a seguir o no.

Jurídico-analítico: Contribuye a la correcta comprensión del alcance de la norma jurídica tanto a nivel nacional como internacional.

Análisis bibliográfico de textos clásicos y modernos, publicaciones seriadas y no seriadas en la materia, con vistas a explicar las principales tendencias nacionales e internacionales.

Resultados:

Sistematización de las posiciones doctrinales existentes relativas a la forma de protección de las variedades vegetales en Cuba y en el resto del mundo.

Análisis de las ventajas y desventajas de las formas de protección existentes en pos de valorar la factibilidad de las existentes en Cuba.

Aporte de los presupuestos teórico-legales a tener en cuenta en futuras regulaciones en relación con la protección de las variedades vegetales en Cuba, de manera que exista un respeto a los poseedores y un uso eficaz y racional de los mismos.

Material bibliográfico de consulta para futuros investigadores y personas interesadas en la protección jurídica de las variedades vegetales

Discusión:

Ante el crecimiento poblacional y la degradación del ambiente se impone la necesidad de generar fórmulas más productivas y eficientes de utilizar los recursos disponibles, lo que empuja a los agricultores a desarrollar nuevos conocimientos locales sobre la base de una agricultura sostenible, motivo por el cual resulta de particular interés para esta investigación el hecho de constituir la agricultura una de las actividades prioritarias para el desarrollo del país. Los principales conocimientos en el sector agrícola consisten en la obtención de nuevos cultivos y variedades, asociaciones de cultivos, conservación de suelo.

El desconocimiento respecto a los experimentos que los agricultores realizan sobre el sistema agropecuario local puede aumentar los costos oficiales de investigación, retardar la introducción de innovaciones y producir en algunos casos intervenciones de desarrollo inadecuadas, al unísono la falta de respeto hacia estas formas de innovación desalienta a quienes lo poseen; elementos que en definitiva provocan la discontinuidad de las tradiciones, ya que se manifiesta la tendencia por

consiste en "cualquier organismo vivo que normalmente sintetiza su alimento a partir de sustancias inorgánicas, posee paredes celulares que contienen celulosa, responde lentamente y, con frecuencia, de forma permanente a un estímulo, carece de órganos de los sentidos especializados y de sistema nervioso, y no tiene poder de locomoción", tomada de *Life Sciences & Allied Applications / Botany*, también disponible en inglés en: <http://www.thefreedictionary.com/plant>.

³Libro de recursos sobre ADPIC y desarrollo, UNCTAD-CICDS, 2005, Cambridge University Press, p. 389

⁴ Vid. HENRÍQUEZ, N. P. (2002). *Glosario de Términos Útiles para el Manejo de los Recursos Fitogenéticos*. San Salvador, El Salvador: REMERFI. pp. 25,65,72

parte de los hijos de agricultores de trasladarse a las ciudades, ya sea por la ausencia de recursos materiales como por la falta de motivación.

A nivel internacional las normas que regulan los principios generales para la protección a las variedades vegetales son los acuerdos de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)⁵, y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)⁶, tratado administrado por la Organización Mundial del Comercio (OMC). El primero de ellos prevé una forma *sui generis* de protección por propiedad intelectual adaptada específicamente al proceso de fitomejoramiento y elaborada con el fin de alentar a los obtentores a desarrollar variedades vegetales. Esta forma de estimulación en la práctica solo genera grandes ganancias a las transnacionales que son al fin y al cabo las titulares de las patentes y derechos de obtentor. En el caso del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, brinda la posibilidad de acogerse al sistema *sui generis*, al régimen de patentes o tomar elementos de ambos, aunque en su mayoría los países se han adherido al acuerdo de la UPOV.

Tampoco pueden dejar de mencionarse el Convenio de Diversidad Biológica⁷ (CDB) y el Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura⁸ (Tratado de la FAO).

Las legislaciones nacionales en esta materia son relativamente novedosas, habiéndose promulgado en su mayoría luego de la Segunda Guerra Mundial. Son muchos los países que instrumentan políticas públicas en pos del desarrollo en el campo de las innovaciones en materia de variedades vegetales, estableciendo mecanismos institucionales para la consecución del desarrollo en materia agrícola que sirven de impulso y motivación a los obtentores para invertir en este sector de la economía.

Los antecedentes legislativos en Cuba se remontan a 1936, año en que se aprobó el Decreto Ley 305, donde se daba protección a las variedades vegetales a través de la patente. Esta norma fue modificada varias veces a partir del Triunfo de la Revolución, hasta que en 1983 se dictó el Decreto-Ley No. 68, denominado "De Invenciones, Descubrimientos Científicos, Modelos Industriales, Marcas y Denominaciones de Origen", atemperado a las relaciones socialistas de producción existentes en el país, donde se protegía las variedades vegetales mediante Certificado de Autor de Invención.

Con la promulgación de los decretos leyes No. 290 y 291, de las Invenciones y Dibujos y Modelos Industriales; y de Protección de las Variedades Vegetales respectivamente, publicados en la Gaceta Oficial de la República de Cuba en la Edición Ordinaria No. 002 de 2012, nuestro país ajusta las disposiciones relativas a la Propiedad Industrial a las nuevas orientaciones de la economía y a la práctica internacional, además de impedir el ejercicio abusivo de los derechos que se adquieran o la utilización de prácticas que restrinjan el comercio.

A partir de la aprobación de los *Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución* se pone en marcha el proceso de implementación de una nueva política de ciencia,

⁵Convenio internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales firmado en París el 2 de diciembre de 1961, y entrado en vigor en 1968. Este fue revisado en Ginebra en 1972, 1978 y 1991, estableciéndose actas que entraron en vigor, Acta 1978 el 8 de noviembre de 1981 y Acta 1991 el 24 de abril de 1998. Disponible en http://www.upov.int/upovlex/es/upov_convention.html. Consultado 8 de julio del 2014.

⁶OMC. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.1994 Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm. Consultado 8 de julio del 2014.

⁷El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) quedó listo para la firma el 5 de junio de 1992 en la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro, y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Disponible en <http://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml>. Consultado 8 de julio del 2014.

⁸OMPI. Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, Adoptado/a el 3 de noviembre de 2001 en Roma. Entrada en vigor el 29 de junio de 2004. Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/text.jsp?file_id=193084. Consultado 8 de julio del 2014.

tecnología e innovación que abre la posibilidad a establecer las bases legales e institucionales que permitan destacar el papel de las universidades en este sentido.

Específicamente en la Universidad de Guantánamo, encontramos que en el año 2014, a raíz del proceso de integración de esta con la Universidad Pedagógica y la Facultad de Cultura Física del INDER, fue aprobado por el Ministerio de Educación Superior y dentro de la estructura de la Universidad, la Dirección de Gestión de la Ciencia, Innovación y Transferencia Tecnológicas, subordinada a la Vicerrectoría número 2. La tarea principal de esta dirección es la gestión e implementación de los resultados de la ciencia, la innovación y la transferencia tecnológica, así como llevar a cabo la política de la UG en relación con el desarrollo científico y técnico de la Universidad y el territorio. Para el desempeño de sus funciones esta dirección cuenta con un Grupo de Ciencia e Innovación Tecnológica y un Departamento de Comercialización y Transferencia de Tecnología.

dentro de su potencial, posee dentro de su estructura con la Facultad Agroforestal, que cuenta a su vez con un Centro de Estudios Agroforestales dentro del cual se encuentra un Laboratorio de Biotecnología Vegetal.

Este laboratorio inaugurado en el año 2014 y que radica en el municipio El Salvador, tiene como objetivos la micro propagación de especies agrícolas de interés para el territorio, como cacao, café y forestales; la conservación y protección de los recursos fitogenéticos de las mencionadas especies, a partir del empleo de individuos con las mejores cualidades agrícolas; crear un banco de germoplasma in vitro donde conservar a corto y mediano plazos clones de las variedades de cacao, con un valor agronómico para el mejoramiento genético del cultivo; así como actividades de capacitación.

También se ha logrado el trabajo y cooperación de los investigadores en diversas redes internacionales que propician el desarrollo del trabajo en las áreas relacionadas con el fitomejoramiento como: Red Iberoamericana y del Caribe de Restauración Ecológica (RIACRE), Red Latinoamericana de Enseñanza Forestal (RELAFOR), Red Internacional de Botánica, Red Internacional de Abonos Verdes, Red Internacional de Bio-fertilizantes, Red Internacional de Frutales, Red Internacional de Fitosanidad, Asociación Internacional de Sociedades Químicas y Sociedad Científica Latinoamericana de Agroecología.

Dentro de los proyectos de Investigación-desarrollo- innovación que se encuentran vigentes en esta esfera se encuentran: 1) Contribución al conocimiento del manejo integral de agroecosistemas para el incremento sostenible de sus renglones productivos y su adaptación a los cambios climáticos; 2) Manejo de bosques xerofíticos y de pluvisilva en la provincia de Guantánamo y 3) Diseño y fortalecimiento de un sistema de producción de cacao agroecológico en áreas productivas.

En el caso específico del cacao (*TheobromacacaoL.*) ocupa un lugar importante dentro de las producciones agrícolas de Guantánamo, presentándose en la actualidad varios factores limitantes en cuanto al rendimiento: las afecciones por plagas y enfermedades y el bajo índice de multiplicación de los métodos tradicionales de propagación.

Entre los resultados más relevantes del trabajo científico en Centro de Estudios Agroforestales se encuentra la recolección de una muestra de 537 plantas de cacao que se utilizaron para desarrollar una colección, para lo que se utilizaron clones e híbridos de la variedad conocida como Cacao trinitario, variedad tradicional, altamente cultivada principalmente en los municipios del este de la provincia de Guantánamo. El estudio de esta muestra permitió determinar las características genéticas, morfológicas y la diversidad geográfica de las mismas.⁹

⁹Cfr. BIDOTMARTÍNEZ, I., et al., (2016) "Establishment of a Core Collection of Traditional Cuban *Theobroma cacao* Plants for Conservation and Utilization Purposes". Disponible en:

<https://www.researchgate.net/publication/306088164> y "Genetic diversity and population structure of_anciently introduced Cuban cacao *Theobroma cacao* plants Genetic Resources and Crop Evolution".

Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/265248776>. Consultados en fecha: 20 de diciembre de 2016.

Esta muestra fue utilizada para realizar un estudio genético, morfológico y geográfico que permitió el diseño de una estrategia de conservación racional y utilización de esta variedad antigua. La colección del germoplasma conservado se pretende utilizar como base para programas de fitomejoramiento basados en recursos genéticos locales.

La documentación y trabajo que se realiza en el laboratorio se ha protegido mediante el establecimiento de medidas fitosanitarias para evitar la contaminación de los materiales genéticos y de reproducción de las variedades conservadas, entre las que se encuentran el uso de vestuarios esterilizados, la restricción de acceso al personal entre otras. Se utiliza el secreto empresarial, para proteger la documentación derivada de las investigaciones, estableciéndose cláusulas de confidencialidad y de protección a los derechos de propiedad industrial que se obtengan, en los convenios con otras instituciones nacionales y extranjeras.

No obstante en la OCPI no se encuentran registros de los resultados obtenidos en este tipo de investigaciones por parte de la Universidad debido a la inexistencia de una estrategia para determinar la forma de protección de variedades vegetales que no se encuentran definidas en la lista de especies autorizadas, lo que afecta la protección de los derechos de los obtentores nacionales y el reconocimiento de sus derechos morales y patrimoniales.

El desconocimiento de los innovadores y directivos de la universidad de las posibilidades de protección legal que se brinda a los obtentores, impide que se tracen las pautas o se toman decisiones acertadas en cuanto a la implementación de lo establecido en los *Lineamientos...* y la política de innovación e investigación trazada por el Ministerio de Ciencias Tecnología y Medio Ambiente (CITMA). Tampoco se ha implementado un sistema interno que permita la protección a las variedades vegetales que allí se obtienen por medio de las vías que establece la legislación vigente en la materia.

Una buena estrategia de protección a las variedades vegetales constituye una contribución útil al establecimiento de la infraestructura necesaria en la Universidad de Guantánamo, en correspondencia con la actualización del modelo económico y el desarrollo sustentable que se propone el país, donde le brinda un nuevo espacio a las universidades en la construcción de nuevos modos de hacer ciencia. Además permite la implicación en de los centros de altos estudios en el perfeccionamiento de la agricultura que contribuya a la seguridad alimentaria cubana, de lo que se deriva la importancia económica y social de esta investigación.

La Estrategia es un instrumento que implica el consenso de los actores, los que trabajan con intereses muy particulares y aunque legítimos, no siempre concordantes, orientándolos a priorizar determinadas decisiones en el proceso de la mejora genética de las variedades y su protección legal. Los actores de a los que va dirigida la estrategia son: sector productivo; sector académico y profesional y el sector público y está encaminada a fomentar la protección de variedades vegetales, lo que permitiría incentivar las actividades de fitomejoramiento en la búsqueda de variedades agroecológicamente más adaptables, disminuir las importaciones de semillas, aumentar las capacidades locales para el desarrollo de variedades y mejorar la relación fitomejorador-consumidor.

Objetivo de la estrategia: contribuir a la identificación de vías de protección indirectas que sirvan de estímulo a los obtentores y agricultores y permita la generación, desarrollo y comercialización de nuevas variedades vegetales.

Propuesta: Etapas de la Generación de Variedades y Desarrollo Varietal.

1. Mejoramiento Vegetal: Se entiende como el conjunto de procesos (tradicionales o biotecnológicos) tendientes a generar nuevos productos o nuevas variedades, los que incluyen el germoplasma a utilizar, el mecanismo de mejoramiento, la selección de los individuos, las pruebas de selecciones, etc.
2. Desarrollo Varietal: Se entiende como el conjunto de procesos que acompañan una estrategia de desarrollo comercial de las selecciones avanzadas, los que incluyen pruebas de campo, la promoción, las licencias, los mecanismos de cobro de regalías, la fiscalización del uso de los derechos, el desarrollo agronómico, etc.

Elementos que sustentan la protección indirecta de variedades vegetales:

1. Entorno Económico, Jurídico y Político.
 - El entorno político y social se considera como una fortaleza. Existe una fuerte voluntad estatal encaminada a fomentar el desarrollo de nuevas variedades vegetales.
 - Limitaciones en el orden económico agudizadas por crisis económica mundial y el bloqueo.
 - El Decreto Ley No. 291/11 De Protección a Variedades Vegetales se encuentra acorde con el contexto internacional, así como el resto de las normas de Propiedad Industrial.
 - Legislaciones complementarias a las normas de Propiedad Industrial aun no aprobadas.
 - Legislación sobre Registro de Variedades Comerciales pendiente de actualización.
 - Listado de Especies Protegidas limitado solamente a especies exóticas y de muy poco atractivo para desarrollar a escala nacional.
 - Regulaciones sobre protección de variedades tradicionales inexistente, e insuficiente para el caso de la biotecnología.

Acciones a desarrollar:

- Fortalecer alianzas con instituciones internacionales.
 - Aprobación de las normas complementarias a las de Propiedad Industrial.
 - Ampliación del Listado de Especies Protegidas.
 - Actualización de la norma sobre Registro de Variedades Comerciales.
 - Contar con certidumbres normativas en materia de variedades tradicionales y en el campo de la biotecnología.
2. Recursos Naturales.
 - Diversidad de agroecosistemas y suelos en el país.
 - Alta variabilidad genética en los cultivares existentes, aunque se requiere que se fortalezca la conservación ex situ mediante los Bancos de Germoplasma.
 - Alto endemismo lo que favorece la existencia de material genético nativo para el desarrollo comercial de nuevas especies y para el desarrollo de nuevas variedades.

Acciones a desarrollar:

- Fortalecer Bancos de Germoplasma.
 - Caracterizar el material existente.
3. Recursos Humanos.
 - Incremento de personal dedicado a trabajos la agricultura, pero se requiere mayor incorporación de estos a las labores de fitomejoramiento.
 - Los fitomejoradores a veces no cuentan con “generación de recambio”
 - Se necesita fortalecer los conocimientos de los fitomejoradores en la gestión de negocios (interacción fitomejorador-abogado- comerciante)

Acciones a desarrollar:

- Aumentar capacitación del capital humano armónicamente con el desarrollo del mercado.
 - Intercambio de expertos y capacitación de técnicos, dentro del terreno y en los laboratorios.
 - Aumentar la visión de negocio en los fitomejoradores, fortalecer la utilización de secretos empresariales, signos distintivos e indicaciones geográficas, que otorguen valor agregado a sus resultados investigativos.
4. Recursos Económicos
 - Existe cultura asociativa y de trabajo conjunto entre los campesinos y las organizaciones campesinas con los centros de investigación.
 - Los proyectos que se realizan son con financiamiento público.
 - Es insuficiente la atracción de inversiones en este sector.

Acciones a desarrollar:

- El modelo de trabajo en cadena productiva resulta adecuado para el desarrollo de variedades vegetales.
 - Búsqueda de financiamiento internacional a través de proyectos atractivos.
 - Incentivar a los inversores mostrando los resultados productivos satisfactorios.
5. Tecnologías de Apoyo.
- Déficit de equipamiento e infraestructura.
 - Se contratan servicios en el exterior.
 - Se ha fortalecido la prestación de servicios entre instituciones.
 - Se trabaja en investigaciones en el campo de la genética.

Acciones a desarrollar:

- Continuar fortaleciendo la prestación de servicios entre instituciones. bajo la base de la utilización de convenios o licencias de uso.
 - Desarrollar alianzas internacionales para acceso al equipamiento necesario.
6. Comercialización.
- Marcados avances en la producción de semillas.
 - Necesidad de desligar el Registro de Variedades Comerciales del de Variedades Vegetales.

Acciones a desarrollar:

- En la medida en que se fortalezca la nueva norma de propiedad intelectual y se actualice el resto de las que se relacionan con la protección de los recursos fitogenéticos aumentará el desarrollo de nuevas variedades.
- Aumentar la visión de negocios a través de la constante capacitación en pos de la utilización de otras modalidades de la propiedad industrial como medio de protección.

Conclusiones

Ante esta situación en el plano jurídico y la realidad de las variedades vegetales en el país, una correcta delimitación conceptual así como la ampliación del listado de variedades protegidas, garantizará la correcta protección de las mismas, incluidas las variedades menos homogéneas con repercusión en las formas de comercialización y reconocimiento social, acorde a la naturaleza de las experiencias y saberes locales; elementos que contribuirán a la revalorización del trabajo agrícola con impacto en el desarrollo de los territorios.

Con la inserción de la Universidad en los procesos de investigación agrícolas y la generación de nuevos saberes se revalorizará el trabajo agrícola y el consecuente desarrollo rural pudiendo repercutir por ende en el mantenimiento y estabilidad poblacional. La elevación del nivel de vida de la población incidirá en la permanencia de la misma en estos territorios.

Recomendaciones:

Analizar la pertinencia de las vías de protección aplicables a esta figura teniendo en cuenta las legislaciones existentes en materia de Propiedad Intelectual, medio ambiente, agricultura y patrimonio cultural.

Fundamentar la necesidad de implementación de un sistema de protección que incluya los conocimientos tradicionales agrícolas en Cuba a partir de la comparación de los sistemas de protección existentes en otros países y la naturaleza de los mismos.

Desarrollar estudios del tema vinculados con las categorías desarrollo y población de manera que puedan imbricarse otros actores y metodologías de investigación.

Bibliografía:

1. ABELLO LLANOS, R. (2004). *La universidad: Un factor clave para la innovación tecnológica empresarial*. Pensamiento & Gestión, núm. 16.

2. *Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)*, (1992) Disponible en <http://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml>
3. *Convenio internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*. (1961). Disponible en http://www.upov.int/upovlex/es/upov_convention.html.
4. *Declaración de la XXIV Conferencia Iberoamericana de Ministros de Educación*. (2014) . Ciudad de México. Disponible en <http://www.oei.es/noticias/spip.php?article14384>.
5. Decreto-Ley No. 290/2011 *De las Invenciones y Dibujos y Modelos industriales*, de 20 de noviembre, publicado en Gaceta Oficial No. 002 Ordinaria de 1ro. de febrero de 2012.
6. División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2009). *Innovar para crecer.Desafíos y oportunidades para el desarrollo sostenible e inclusivo en Iberoamérica*. Naciones Unidas: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
7. GIMENEZ, C., MACRINI, D., & MIYAJI, R. (2013). *Calidad e Innovación. Una Visión Estratégica Empresarial*. Revista del Instituto Internacional de Costos, ISSN 1646-6896, nº 11 .
8. HENRÍQUEZ, N. P. (2002). *Glosario de Términos Útiles para el Manejo de los Recursos Fitogenéticos*. San Salvador, El Salvador: REMERFI
9. JÖRDENS, DR. ROLF: (2010) *Ventajas de la protección de las variedades vegetales*. Disponible en http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2010/03/article_0007.html.
10. *Libro de recursos sobre ADPIC y desarrollo*, (2005) UNCTAD-CICDS, Cambridge University Press.
11. *Life Sciences & Allied Applications / Botany*, también disponible en inglés en: <http://www.thefreedictionary.com/plant>.
12. PARTIDO COMUNISTA DE CUBA (PCC). (2011) *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*. La Habana, Cuba.
13. OMC.*Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*. (1994), Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm.
14. OMPI. *Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*,(2001) en Roma. Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/text.jsp?file_id=193084.

LA MEDIACIÓN Y LOS CONVENIOS DE LA HAYA SOBRE RELACIONES INTERNACIONALES DE FAMILIA. SU APLICACIÓN EN CUBA

*Autora: Dra. Maélia E. Pérez Silveira, Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana
E.mail: mperezsilveira@gmail.com*

INTRODUCCIÓN

El uso de la mediación y otros procedimientos tendentes a la solución de conflictos de muy diversa naturaleza, ha ganado cada vez más espacio, reconocimiento y validación en los distintos sistemas jurídicos. Su aceptación, desarrollo práctico, sus ventajas y las posibilidades que brinda, especialmente para las partes en litis, constituyen atributos incuestionables para admitir sus méritos y las posibilidades que ofrece. Si bien se le atribuye su carácter alternativo a la vía judicial respecto a su naturaleza resolutoria, los coloca en paralelo en atención a los fines últimos que pretende, aunque evidentemente tiene especiales particularidades que la distinguen y la ubican fuera del espacio conflictualista de la vía judicial. Nos referimos a un proceso que si bien justifica su existencia en la existencia misma del conflicto, procura su solución mediante una vía amigable y pacífica, y el caso concreto de la mediación, son las partes los actores directos y máximos comprometidos en ello a través de la adopción de un acuerdo que podrá alcanzar fuerza ejecutiva.

Tanto la mediación como otros métodos de similar naturaleza, se han ido insertando en las más diversas relaciones de distinta naturaleza, dígase mercantiles, laborales, penales, civiles y de familia, entre otras. Así mismo, su práctica ya no se limita a las relaciones donde la localización de cada uno de sus elementos tanto objetivos como subjetivos se encuentran en un mismo lugar, ello nos hace referir a la mediación en los conflictos de carácter internacional o transnacionales, lo cual

imprime una nota de tal particularidad, especialidad y complejidad que merita una atención especial.

Su aplicación y desarrollo para resolver conflictos en el ámbito de las relaciones internacionales de familia tiene un significado mayor. Y es que en el seno de la familia se producen relaciones muy diversas, fuertemente marcadas por las costumbres, las tradiciones e idiosincrasia de cada país e incluso región, concurriendo igualmente una divergencia legislativa cuando se trata de relaciones de familia de carácter transfronterizo.

No es menos cierto que sobre el uso de la mediación u otros procedimientos similares, convergen tanto ventajas, como retos y riesgos. Sin embargo, cuando se trata de una mediación con la presencia de elementos internacionales estos retos, riesgos y venturas se verán potenciados e incrementados, dado el alto grado de complejidad que alcanza la mediación en las controversias familiares internacionales. Concurren aquí, varios elementos a considerar con marcada implicación en la mediación. Con respecto a las partes, su distinta nacionalidad u otro criterio utilizado que distancien su lugar de localización en distintos países, implica la concurrencia de una diversidad de culturas, idiomas, religiones, costumbres, así como de dos o más sistemas jurídicos, que deberán ser observados con atención dada su implicación en el proceso y el logro de la eficacia que tenga el acuerdo que se adote. Relativo a los mediadores se demanda en ellos una formación más amplia y especializada, debido, entre otras cuestiones, a la confluencia de dos o más sistemas jurídicos distintos que deberán conocer y aplicar. Sobre el proceso de mediación y su efectividad, la observancia de los principios básicos que la ordenan, las cuestiones relativas a la competencia de los tribunales, la ley aplicable y la eficacia del acuerdo de mediación, son también elementos que deben ser atendidos con prioridad.

Hemos observado la forma y el alcance con que se ido introduciendo la mediación, la conciliación u otros procedimientos análogos para la solución de los conflictos que se producen en el ámbito de las relaciones internacionales de familia en diferentes textos internacionales surgidos en el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Así por ejemplo lo encontramos:

- En el artículo 7 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores;
- en el art. 31 b) del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños;
- el art. 31 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos; y
- los arts. 6(2) d), 34(2) i) del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.

De estos Convenios, hasta el momento nuestro país ha procedido a su adhesión respecto al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que entrará en vigor a partir del próximo mes diciembre (2018); el relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, el cual ya se encuentra en vigor; siendo evaluado actualmente la incorporación de nuestro país en el que aborda la Protección Internacional de los Adultos para su próxima incorporación.

Tal escenario nos convoca a observar el alcance con que se regula el uso de la mediación, la conciliación y otros procedimientos análogos para la solución de los conflictos en cada uno de ellos, en sintonía con las posibilidades que actualmente ofrece el sistema cubano para su desarrollo, así como los retos que implica su ordenación y su desarrollo práctico.

Actualmente, el uso de la mediación en nuestro país ha tenido mayor desarrollo y aplicación en las relaciones mercantiles, existiendo un cuerpo de mediadores adscrito a la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior, especialmente centrado en su práctica en esta materia. Por su parte, la aplicación de estos métodos para la solución de los conflictos en materia civil y familiar, ha quedado de la mano de especialistas que incursionan en el tema y que acuden a su empleo como herramienta colateral de actividad la actividad profesional, bien como abogados que se desempeñan en bufetes colectivos, notarios, sicólogos, entre otros, sin que exista un ordenamiento especialmente adoptado para su práctica.

La incorporación de Cuba a los referidos Convenios internacionales que incluyen el uso de estos métodos de solución de controversias que se producen en las relaciones de familia, así como la

aceptación de las bondades que ofrecen, de buena manera condiciona e impone al país la necesidad de trabajar y ordenar su aplicación con respecto a las relaciones objeto de regulación en cada uno de ellos.

Por tal motivo, en el presente trabajo procuramos abordar las regulaciones contenidas especialmente en los Convenios suscritos por Cuba en relación con el uso de la mediación, la conciliación y otros procedimientos análogos, la implicación que deriva en orden a la necesidad de su regulación en nuestro país y las posibilidades para su desarrollo práctico.

A no dudarlo, el uso de la mediación y otros métodos para alcanzar acuerdos amistosos en el ámbito de las relaciones internacionales de familia ha alcanzado una creciente importancia. Ello se ha reflejado notablemente en el trabajo de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, especialmente en el marco del derecho de familia internacional. La mayoría de los Convenios de La Haya modernos en materia de familia alientan expresamente la mediación y procesos análogos a fin de encontrar soluciones adecuadas a las controversias familiares transfronterizas.

I. LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. PARTICIPACIÓN DE CUBA COMO ESTADO NO MIEMBRO.

Llegada la última década del siglo XIX, en Europa, específicamente en la Escuela holandesa, con la guía de Tobías M. C. Asser se convoca a especialistas de Derecho Internacional Privado y se instala la Primera Sesión de la Conferencia de La Haya en septiembre de 1893, a la que siguen las Sesiones de 1894, 1900 y 1904. No obstante, su éxito inicial y de la suscripción de algunos convenios multilaterales, sólo sobrevivió el relativo al procedimiento civil (de 1896, revisado en 1905).

Luego de un prolongado estancamiento, se produce un resurgir del proceso de unificación del derecho internacional privado. Al decir de Jessurum d'Oliveira¹⁰, la Conferencia de La Haya fue como un Fénix que vino a renacer tras las cenizas de la segunda guerra mundial. Dicho resurgir tuvo como punto de partida 31 de octubre de 1951 en la Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado con la adopción del Estatuto de La Haya, en vigor a partir del 15 de Julio de 1955, y la reanudación de sus Sesiones cada cuatro años, desde la VII celebrada en 1951 hasta la XVIII en 1996 teniendo como objetivo «trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional Privado. Sucesivamente se han adoptado modificaciones del 30 de junio de 2005 en la Vigésima Sesión (Acta final, C), aprobadas por los miembros el 30 de septiembre de 2006 y entradas en vigor el 1º de enero de 2007.

La Conferencia de la Haya cuenta con más de 60 Estados miembros de todos los continentes, siendo una organización intergubernamental de carácter mundial. Así mismo un número creciente de Estados se está adhiriendo a las Convenciones de La Haya y más de 110 países de todo el mundo participan hoy en los trabajos de la Conferencia.

Tiene como visión, trabajar por un mundo en el que los particulares, las familias y las empresas y otras entidades cuyas vidas y actividades trascienden las fronteras entre los diferentes sistemas legales, disfruten de un alto grado de seguridad jurídica, así como promover la resolución de litigios de manera ordenada y eficiente, el buen gobierno y el imperio de la ley, respetando la diversidad de las tradiciones legales.

Como misión se propone:

- Constituir un foro para los Estados miembros para el desarrollo y la implementación de reglas de Derecho internacional privado comunes con la finalidad de coordinar las relaciones entre los diferentes sistemas de Derecho internacional privado en las situaciones internacionales.
- Promover la cooperación internacional judicial y administrativa en los campos de la protección de la familia y de los niños, los procedimientos civiles y el Derecho mercantil.

¹⁰D'OLIVEIRA Jessurum H.U., «Universalisme ou regionalisme de la Conference de La Haye», en *Revue Critique* 1966, p. 34

- Proporcionar un alto estándar de servicios jurídicos y asistencia técnica en beneficio de los Estados miembros y de los Estados Partes de los Convenios de La Haya, los funcionarios de sus Gobiernos, y los operadores jurídicos y judiciales.
- Proporcionar información de alta calidad y rápidamente accesible a los Estados miembros y a los Estados Partes de los Convenios de La Haya, los funcionarios de sus Gobiernos, los jueces, los operadores jurídicos y al público en general.

Con respecto a su integración como también a la incorporación tanto de países miembros como la participación de países no miembros de la Conferencia a distintos tratados internacionales, es significativo destacar el creciente interés que han mostrado numerosos países de América Latina, expresado en el incremento de Estados miembros de los países de América Latina, así como la incorporación a diversos convenios.

El crecimiento continuo de las transacciones y las relaciones de familia internacionales, ha impuesto la necesidad de unificación y cooperación en el campo del derecho internacional privado continuará creciendo, a nivel global, regional y nacional, simplemente debido que generan la consecuente participación de uno o más Estados y/o sistemas jurídicos.

1.1 Participación de Cuba en los Convenios de la Conferencia de la Haya sobre Derecho internacional privado, en materia de relaciones familiares internacionales.

A pesar de que nuestro país no es Estado miembro de la Conferencia de la Haya sobre Derecho internacional privado, hasta este momento ha procedido a la adhesión respecto a tres convenios internacionales.

El primer Convenio ratificado por nuestro país lo fue el Convenio de 29 de mayo de 1993, en vigor a partir de 1 de mayo de 1995, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, procediendo a su adhesión el 20 de febrero de 2007 poniéndose en vigor a partir del 1 de junio de 2007.

Si bien el Convenio no incluye un pronunciamiento sobre el tema objeto de este trabajo, merita su referencia el hecho de haber sido el primer Convenio adoptado por nuestro país en el marco de la Conferencia de la Haya, abriendo una puerta y dando el primer paso para una secuencia de adhesiones a otros que han sucedido, coincidiendo en la materia que regulan en el ámbito de las relaciones familiares internacionales.

La referida norma se centra en un modelo de cooperación entre las autoridades designadas en los diversos Estados miembros. Conforme al artículo 2.1 del Convenio de La Haya de 1993, éste se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (país de origen) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado Contratante (país de recepción), ya sea después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, o bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

Cuando se define el ámbito de aplicación del Convenio, a través de su artículo 1, se define como objeto a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional; b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; y c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio. Seguidamente se dispone que su aplicación procede cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ("el Estado de origen") ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ("el Estado de recepción"), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

El segundo fue el Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, procediendo al depósito del instrumentos de adhesión el 20 de febrero de 2017 entrando en vigor a partir de 1 de diciembre de 2017.

El tercer Convenio ratificado por nuestro país ha sido el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho el 25 de octubre de 1980 y en vigor a partir del 1º de

diciembre de 1983. El 12 de septiembre de 2018, coincidiendo con la celebración del 125 ° aniversario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (la "HCCH"), Cuba procedió al depósito del instrumento de adhesión al Convenio, debiendo entrar en vigor en el país a partir del 1 de diciembre de 2018.

Actualmente se realizan las evaluaciones, consultas y los trabajos preparatorios para la incorporación al Convenio sobre protección de internacional de adultos de 13 de enero del 2000.

Hay en todos ellos un común denominador que debemos resaltar. Se muestra el interés y la posición del Estado cubano por dotar de mayor protección y seguridad a las relaciones de familia, con especial atención a las relaciones internacionales dado el alto grado de complejidad que implican. Existe también un aspecto de carácter contextual que actúa como impulsor en dicho propósito, siendo ello la creciente movilidad internacional de personas desde y hasta nuestro país, con un notable incremento a partir del año 2013, luego de modificada la normativa sobre migración vigente que flexibilizó y generó mayores posibilidades en el flujo migratorio cubano hacia el extranjero, tanto con carácter temporal como definitivo, y paralelamente un incremento también de las relaciones internacionales de familia.

Por el interés que reviste en relación con el objeto del desarrollo del presente trabajo, pondremos atención especialmente al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en los cuales participa ya nuestro país, sin dejar de considerar otros, respecto a los cuales si bien no se ha producido la adhesión de Cuba, existe una voluntad de evaluar su incorporación como es el caso del de protección internacional a los adultos. Igualmente haremos alusión al Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, por ser en ellos donde se hace alusión al uso de métodos o mecanismos resolutorios como la mediación, la conciliación u otros con igual naturaleza.

Debemos destacar como común denominador que, a tenor de lo normado en los mencionados Convenios, incluido el relativo a la cooperación en materia de adopción internacional, incluye la designación de la Autoridad Central, con las correspondientes funciones e intervenciones que le atribuye, ello se ha encargado en todos los casos al Ministerio de Justicia de la República de Cuba, especialmente a la Dirección de Relaciones Internacionales.

II. CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, HECHO EL 25 DE OCTUBRE DE 1980 Y EN VIGOR A PARTIR DE EL 1º DE DICIEMBRE DE 1983.

En los últimos años y bajo la creciente proliferación de las relaciones jurídicas transnacionales, el aumento y las condiciones que facilitan la movilidad internacional, así como del incremento de las crisis matrimoniales, las situaciones de traslado ilícito de menores se han convertido en un fenómeno que casi podría calificarse como habitual y del que se derivan dificultades tanto de carácter jurídico como aquellas que inciden en el bienestar del menor al ser separado de su entorno familiar y social. Casi la tercera parte de los supuestos de sustracción internacional de menores es llevada a cabo por el progenitor que ostenta la custodia de los menores, en la mayor parte de los casos, la madre.

Mediante el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores se pretende evitar los traslados internacionales de menores, instaurando una cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados contratantes. Dicha colaboración afecta dos aspectos esenciales, a saber: por un lado la obtención del retorno inmediato del menor al entorno del que ha sido alejado y, por otro lado, el respeto efectivo de los derechos de custodia y de visita existentes en uno de los Estados contratantes¹¹.

La norma se asienta en la idea de cooperación entre autoridades, que esencialmente trata de resolver las situaciones que caigan dentro de su ámbito de aplicación y que afecten a dos o varios Estados partes. No se trata de un Convenio de aplicación universal puesto que responde a una idea de reciprocidad que, en principio, excluye su extensión a los ciudadanos de terceros Estados.

¹¹ Véase al respecto el Informe explicativo realizado por Elisa Pérez-Vera sobre el Convenio.

Cualquier Estado, aunque no sea miembro de la Conferencia podrá suscribir el Convenio, pero su adhesión "surtila efecto sólo respecto de las relaciones entre el Estado adherido y aquellos Estados contratantes que hayan declarado su aceptación de la adhesión" (artículo 38).

El 12 de septiembre de 2018, coincidiendo con la celebración del 125 ° aniversario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (la "HCCH"), Cuba depositó su instrumento de adhesión al Convenio el cual entrará en vigor a partir del Cuba el 1 de diciembre de 2018.

Con respecto al su ámbito de aplicación, en el Capítulo 1, artículo primero define su finalidad en función de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Desde una perspectiva fáctica, tendríamos que considerar de manera circunstancial diversos supuestos que podrían configurar actos de sustracción internacional de menores a través de su traslado o retención desde y hasta nuestro país. En tal sentido podrían presentarse dos situaciones, una cuando el menor es trasladado a Cuba o retenido en este país existiendo una obligación de retorno al extranjero o bien derechos de guarda y cuidado a favor del progenitor que permanece en otro país o compartidos por ambos. Otra situación se produce cuando es Cuba el país de origen y el menor es trasladado al extranjero de manera ilícita o retenido allí sin el consentimiento de quien ostenta o de aquella persona con quien se comparte su guarda y cuidado.

2.1 La mediación en los casos de sustracción internacional de menores a tenor del Convenio de la Haya.

Este Convenio fue el primer instrumento internacional adoptado en el seno de la Conferencia que se refirió a los métodos alternativos de solución de conflictos y es sobre el cual la Conferencia de la Haya ha centrado principalmente su trabajo en la materia, que igualmente puede extenderse como guía respecto a otros convenios que igualmente incluyen la posibilidad de acudir a los diferentes procedimientos alternativos de solución de conflictos, como veremos más adelante.

El artículo 7 del Convenio establece que las Autoridades Centrales "*deberán adoptar todas las medidas apropiadas que permitan [...] garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable*". Más adelante la norma, casi de manera reiterativa el referido artículo, establece en su artículo 10 que "*la Autoridad Central de donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor*".

Los referidos preceptos no mencionan expresamente los mecanismos posibles para arribar a dicha solución, sin embargo, los Convenios de La Haya modernos más recientes en materia de familia si lo hacen expresamente, aludiendo al uso de la mediación, la conciliación y otros procedimientos análogos.

Observando la letra de ambos artículos, nos interesa destacar una nota particular. Si bien lo que podría parecer establecido con un carácter facultativo o con cierto sentido discrecional en el artículo 7 sobre el deber de las Autoridades Centrales en función de adoptar las medidas para garantizar la restitución voluntaria del menor y facilitar una solución amigable, posteriormente en el artículo 10 podría verse reforzado dejando a un lado el sentido potestativo, al determinar que dicha Autoridad adoptará o hará que se adopten las medidas adecuadas para conseguir la restitución voluntaria del menor. La redacción y alcance de ambos preceptos podría ser interpretados de manera contradictoria a la hora de que los Estados partes accedan en cuanto a la adopción de tales procedimientos para alcanzar la solución amigable que pretende en el artículo 7.

En los casos de sustracción internacional de menores, la mediación puede desempeñar dos funciones: 1) una función preventiva antes de producirse el secuestro, en cuyo caso la mediación puede servir para que los progenitores, puedan manifestar sus objeciones respecto a la responsabilidad parental del menor, alcanzar un acuerdo y evitar con ello, un traslado o retención ilícitos; 2) si se ha producido el secuestro, la mediación puede servir para resolver la situación de manera amistosa¹².

¹²HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 130-146, consultado en www.uc3m.es/cdt el 17 de octubre de 2018.

No obstante, su inclusión en este Convenio devino en la necesidad de promover su práctica de manera adecuada, propósito que se intenta cumplir a través de la elaboración de una Guía de Buenas Prácticas especialmente dedicada a la materia de mediación y otros procesos destinados a la solución amistosa de controversias familiares internacionales relativas a los niños comprendidas en su ámbito de aplicación.

Normalmente, la Autoridad Central requerida se comunica como mínimo con el padre o la madre demandado(a) para determinar si es posible alcanzar un acuerdo y para indicarle los recursos que tiene a su disposición, como pueden ser los servicios de mediación.

El principal objeto del acuerdo de mediación en el contexto de este Convenio es conseguir que las partes alcancen una solución amistosa en torno al retorno o no del menor. En cualquier caso, debe comprobarse que las legislaciones de ambos Estados admiten la validez del acuerdo en cuanto a la disponibilidad de las materias sobre las que recae el mismo, con el propósito de asegurar su ejecutoriedad en los dos países con los que presenta vinculación.

Con vistas a su aplicación en el caso de nuestro país, a tenor de los preceptos contenidos en el Convenio y la posición de la Conferencia en favor de utilizar la mediación, la conciliación u otros procedimientos análogos en interés de lograr una solución amigable, las cuestiones que deben ser establecidas y organizadas por nuestro sistema, lo es la determinación respecto al establecimiento de la mediación para este tipo de conflictos, a través de qué institución, órgano o instancia se podría solicitar el servicio de mediación. Así mismo, se deberá determinar el momento en que se deberá iniciar el proceso de restitución cuando la mediación es una opción.

En este sentido se requiere evaluar la conveniencia de aceptar la aplicación de los Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación redactados por el Grupo de Trabajo sobre Mediación en el contexto del Proceso de Malta, cuyo propósito, como veremos seguidamente, consiste en establecer estructuras a efectos de la mediación familiar transfronteriza. De ser aceptados se deberá establecer un Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional, que bien podría ser la propia Autoridad Central o una institución distinta de este, cuyas funciones se definen claramente en su contenido, a los cuales nos referiremos más adelante.

2.2. Guía de buenas prácticas sobre la Mediación a tenor del Convenio sobre sustracción internacional de menores.

La Guía fue elaborada a partir de la necesidad de dotar de un instrumento explicativo y consultivo que aporte las herramientas necesarias para la aplicación del artículo 7 del Convenio sobre sustracción internacional de menores, teniendo en cuenta que esta norma no define expresamente las modalidades de cómo y a cargo de qué órgano o institución procede la adopción y aplicación de mecanismos para arribar a la solución amigable que refiere.

Se abordan con profundidad las medidas recomendadas para superar los desafíos que entraña la aplicación de esta forma de solución de conflictos, poniendo mayor atención a su aplicación a los casos de sustracción internacional de menores que caen dentro del ámbito del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, no obstante, una parte importante de su contenido se aplica a la mediación en controversias internacionales de familia que involucran a los niños en general.

Tal y como se expresa en la propia Guía, esta no tiene un carácter vinculante, ofrece una descripción de principios y buenas prácticas con respecto al uso de la mediación y otros procesos similares en el marco de controversias familiares transfronterizas en general que pueden ser tomados en cuenta tanto por los Estados partes de este Convenio como de otros Convenios de La Haya que promueven el uso de estos métodos.

Es por ello que se deberá observar con detenimiento cada uno de los aspectos que aduce, tanto respecto a las particularidades de su uso respecto a los casos de sustracción internacional de menores al amparo del Convenio, como a las posibilidades que brinda en relación con otros Convenios en los que igualmente se incluye esta vía o mecanismo para la solución de controversias. Entre estos Convenios se encuentran el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (en adelante, 'el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños' o 'el Convenio de 1996'), el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos y el Convenio de La

Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.

Asimismo, la Guía puede ser apreciada para asistir a los Estados que no sean Parte en estos Convenios de La Haya, pero estén considerando la mejor manera de desarrollar estructuras eficaces para promover la mediación transfronteriza en el marco de controversias familiares internacionales.

En su texto se aborda principalmente la mediación como uno de los métodos alternativos de solución de controversias más ampliamente promovidos en el marco del derecho de familia, y hace alusión a otros métodos utilizados por diferentes países con iguales fines.

Al observar las distintas jurisdicciones y las diversas formas de organización de la mediación en el contexto de los conflictos en las relaciones internacionales de familia, la Guía destaca una diversidad de modelos y métodos utilizados. No existe un traje a la medida puesto que el uso de una u otra dependerá de las circunstancias, características y particularidades de cada caso, no obstante, resumiremos algunos modelos y métodos que se utilizan en este tipo de mediación:

- Mediación directa o indirecta. Tomamos en este sentido la definición contenida en la Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación, respecto a la definición de términos donde se expresa que, al referirse a la mediación directa se alude a la mediación en la que ambas partes participan directa y simultáneamente en las sesiones de mediación con el mediador, ya sea en una reunión con este o en una reunión a larga distancia mediante video o teleconferencia o comunicación vía Internet. Por su parte, la mediación indirecta se refiere a la mediación en la que las partes no se reúnen en forma directa durante el proceso de mediación sino que el mediador se reúne con cada parte por separado. Esto puede acontecer en dos Estados diferentes con un mediador y una parte en un Estado o en el mismo Estado realizándose la mediación en diferentes horarios o al mismo tiempo pero en diferentes sala.
- Co-Mediación llevada a cabo por dos mediadores, muy utilizada en los casos de sustracción internacional de menores.
- Mediación bicultural y mediación bicultural bilingüe. Constituye una forma especial de co-mediación que procura responder a las necesidades específicas de competencia intercultural y de aptitudes idiomáticas al mediar entre partes de distintos Estados con distintas lenguas. En este caso la mediación debe estar a cargo de dos mediadores con experiencia en materia de familia: cada una del Estado de origen y contexto cada una de las partes.
- Mediación bicultural, bilingüe, bigénero y biprofesional: Algunos esquemas de mediación especialmente establecidos para los casos de sustracción internacional de niños que utilizan la mediación binacional tratan de equilibrar también dos cuestiones esenciales, el género y la experiencia profesional de los mediadores. En estos esquemas, la co-mediación está a cargo de una mediadora y de un mediador, uno con formación jurídica y otro con formación sociopsicológica. Esto permite la combinación de la experiencia profesional y la competencia cultural para manejar distintas cuestiones de mediación.

2.3. Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación preparados por Grupo de Trabajo sobre Mediación en el contexto del Proceso de Malta.

La Conferencia de La Haya ha desarrollado una intensa actividad para la promoción de la mediación en el marco de controversias familiares transfronterizas en el contexto del llamado Proceso de Malta, el cual constituyó un diálogo entre jueces y funcionarios superiores de gobierno provenientes de algunos Estados parte en el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores y Estados no parte de este, cuyas leyes se basan en el derecho islámico (Shariah) o están influenciadas por este. Dicho Proceso tuvo el propósito de buscar soluciones a disputas transfronterizas en materia de custodia, contacto y sustracción de niños que sean particularmente difíciles debido a la inaplicabilidad de los marcos jurídicos internacionales pertinentes.

Se llevaron a cabo tres conferencias en Malta, en 2004, 2006 y 2009. Siguiendo una recomendación de la Tercera Conferencia de Malta, el Consejo de 2009 autorizó a que, en el contexto del Proceso de Malta, se estableciera un Grupo de Trabajo para promover el desarrollo de estructuras de mediación que ayudaran a resolver disputas transfronterizas relativas a custodia

o contacto con los niños, el cual estaría integrado por expertos de un número de Estados involucrados en el Proceso de Malta, incluyendo tanto a Estados Partes del Convenio de 1980 sobre Sustracción de Menores como Estados no signatarios del mismo.

Luego de las jornadas de intercambio realizadas por el Grupo de Trabajo, quedaron definidos los **Principios para el Establecimiento de Estructuras de Mediación, concluidos en 2010**, conjuntamente con un **Memorando Explicativo**¹³. A comienzos de 2011, algunos Estados iniciaron el proceso de implementación de los Principios en sus jurisdicciones y designaron un Punto de Contacto Central a efectos de la mediación internacional en materia de familia.

Atendiendo a dichos Principios, los Estados deberían promover el establecimiento de estructuras de mediación del modo en que en ellos se indica, así mismo se procura con que los Estados que acepten su implementación establezcan: “un Punto de Contacto Central para la mediación familiar internacional” que debería, “suministrar información acerca de los servicios de mediación familiar disponibles en dicho país”. Dicha información podrá versar sobre las posibilidades de llevar a cabo la mediación, la existencia de una lista de mediadores y organizaciones que presten servicios de mediación en el marco de controversias familiares internacionales, sobre los costes de mediación y otros detalles.

Al tenor de los Principios, se requiere que el Punto de Contacto Central ‘[s]uministre información acerca del lugar donde obtener asesoramiento en materia de derecho de familia y procesos legales [...], sobre el modo de otorgarle efecto vinculante al acuerdo de mediación [al igual que] sobre la ejecución del acuerdo de mediación’.

Dicho rol bien podría ser asumido por la Autoridad Central designada de conformidad con el Convenio, como también ésta podrá establecer un Punto de Contacto Central independiente a efectos de la mediación familiar internacional, que suministre la información pertinente. En ese caso, la Autoridad Central podría derivar a las partes interesadas a dicho Punto de Contacto Central a efectos de la mediación familiar internacional, en cuyo caso, internamente de se deberá regular la cooperación entre la Autoridad Central y el Punto de Contacto Central de modo que dicha remisión no genere en una demora en el procesamiento de la solicitud de restitución.

III. CONVENIO DE 19 DE OCTUBRE DE 1996 RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS.

Desde la letra misma del Preámbulo del Convenio, se declaran ciertos Principios generales que se deben observar, siendo estos: mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional; evitar conflictos entre sus sistemas jurídicos en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas de protección de los niños; la importancia de la cooperación internacional para la protección de los niños y la consideración primordial del interés superior del niño

El Preámbulo deja en claro que el Convenio está destinado a mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional y, a tal efecto, pretende evitar conflictos entre los sistemas jurídicos con respecto a las medidas adoptadas para la protección de los niños.

Al definir el ámbito de aplicación del Convenio, en su artículo 1 establece que el mismo tiene por objeto: “a) *determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño; b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.*”

Seguidamente en el propio texto del Convenio se relacionan las medidas de protección a las que se refiere el artículo 1, siendo estas: “a) *la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación; b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual; c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; d) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado*

¹³ Los textos respectivos se anexan al presente trabajo.

de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo; e) la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga; f) la supervisión por las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo; g) la administración, conservación o disposición de los bienes del niño.”¹⁴

Cuando se analizan las cuestiones reguladas en el Convenio y su aplicación, por su importancia y utilidad en función de su interpretación y aplicación, puede consultarse el Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. El documento promueve el entendimiento claro respecto al funcionamiento del Convenio, garantizando que los Estados contratantes establezcan y fomenten las buenas prácticas con respecto a su aplicación. Se inspira en gran medida en el Informe Explicativo del Convenio de 1996 y debe ser leído y utilizado conjuntamente con este.

3.1 La mediación, la conciliación y otros procedimientos análogos regulada en el Convenio.

El artículo 31 del Convenio establece como obligación de las Autoridades Centrales, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, adoptar todas las medidas apropiadas para facilitar, mediante la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica la norma¹⁵. En tal sentido dispone que:

“La Autoridad Central de un Estado contratante tomará, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, todas las medidas apropiadas para: (...)

b) facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio;”

A diferencia del Convenio sobre sustracción internacional de menores, visto anteriormente, en este se hace referencia expresa y abierta a los métodos a ser empleados, como son la mediación, la conciliación u otro procedimiento análogo. Tanto como cualquier otra de las tareas a las que se refiere el artículo, pueden ser ejercidas ya sea directamente por la Autoridad Central o indirectamente “con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos”, cuestión esta última que no se limita en cuanto a las autoridades que refiere.

Por otro lado, sin lugar a dudas, hay aquí un claro pronunciamiento del legislador internacional en cuanto a la obligación que se establece para los Estados partes, a través de la Autoridad Central designada, de adoptar las medidas necesarias para facilitar el uso de dichos procedimientos en interés de arribar a acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño,

¹⁴Según el artículo 4 del Convenio, se excluyen de su ámbito de aplicación: a) el establecimiento y la impugnación de la filiación; b) la decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción; c) el nombre y apellidos del niño; d) la emancipación; e) las obligaciones alimenticias; f) los *trusts* y las sucesiones; g) la seguridad social; h) las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud; i) las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños; j) las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración.

¹⁵En relación con el uso de la mediación, puede verse la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores - Mediación (en adelante, la “Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación”), disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en < www.hcch.net >, “Sección sustracción de niños”, y “Guías de Buenas Prácticas”. Igualmente, en materia de mediación como parte del Proceso de Malta, véanse los “Principios del establecimiento de las estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta” y el Memorandum explicativo adjunto, disponibles en < www.hcch.net >, “Sección sustracción de niños” y “Mediación familiar transfronteriza”.

en las situaciones a las que se aplica el Convenio, a las que hicimos referencia en el apartado anterior.

Cuando comentamos las cuestiones relativas a la mediación con respecto al Convenio sobre sustracción internacionales de menores, nos referimos al contenido y alcance de la Guía de Buenas Prácticas, la cual, una parte importante de su contenido se aplica a la mediación en controversias internacionales de familia que involucran a los niños en general.

Si bien como hemos comentado supra, los Convenios de 1980 y 1996 admiten la mediación, la conciliación y otros procedimientos análogos para la resolución amistosa de controversias relativas las relaciones que cada uno regula, al definir su ámbito de aplicación, estos no regulan las modalidades de cómo y quién estaría encargado de proceder a su aplicación.

Al observar los diferentes esquemas adoptados por países miembros, respecto a la instancia, órgano o institución que lo asume, se aprecia una diversidad de soluciones en este sentido. En Argentina, la Autoridad Central participa directamente de la mediación; el programa francés MAMIF se llevaba a cabo por una autoridad pública establecida dentro del Ministerio de Justicia en ese país, pero hace poco tiempo fue absorbido por la Autoridad Central francesa; el proyecto piloto inglés Reunite está a cargo de una organización no gubernamental; el Ministerio Federal de Justicia de Alemania propone y respalda la mediación en los casos relacionados con el Convenio, pero la mediación en sí misma está a cargo de mediadores profesionales de organizaciones no gubernamentales.

IV. LA MEDIACIÓN EN OTROS CONVENIOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE RELACIONES INTERNACIONALES DE FAMILIA.

Existen otros dos Convenios adoptados por la Conferencia de la Haya en los que igualmente queda incorporada la posibilidad de acudir a la mediación, a la conciliación u otros procedimientos análogos para resolver las controversias. Son estos el Convenio de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de los adultos, en vigor a partir del 1 de enero de 2009, y el Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, en vigor a partir de 1 de enero de 2013, los cuales mencionamos en este punto considerando que nuestro país aún no es Estado miembro, aunque actualmente realice las evaluaciones correspondientes a efectos de su incorporación, al menos con respecto al relativo a la protección internacional de adultos.

No obstante, hemos querido traerlos a colación teniendo en cuenta la referencia en ellos al posible uso de la mediación, la conciliación y otros procedimientos análogos, en relación con sus respectivos ámbitos de aplicación y objeto de regulación.

En el Convenio sobre protección internacional de los adultos en su artículo 1 se define su ámbito de aplicación "en situaciones internacionales, a la protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses".

Seguidamente se define su objeto de aplicación en función de: a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar medidas de protección de la persona o de los bienes del adulto; b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) determinar la ley aplicable a la representación del adulto; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.

Con respecto a la inclusión de la mediación el artículo 31 establece que "*las autoridades competentes de un Estado contratante podrán fomentar, directamente o a través de otros organismos, el uso de la mediación, de la conciliación o de otros medios similares para conseguir acuerdos amistosos la protección de la persona o de los bienes del adulto en las situaciones a las que se aplica el Convenio*".

Como se advierte de su contenido, el precepto imprime un carácter potestativo o facultativo en relación con el uso de los métodos que venimos comentando, en cuanto dispone que los Estados contratantes podrán fomentar su uso para conseguir acuerdos amistosos en relación con el objeto de regulación de la norma.

Por su parte, el Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, en vigor a partir de 1 de enero de 2013, establece como ámbito de aplicación: a) a las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 21 años derivadas de una relación paterno-filial; b) al reconocimiento y ejecución o ejecución de una decisión sobre obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges cuando la solicitud se presente conjuntamente con una demanda comprendida en el ámbito de aplicación del su apartado a); y c) a las obligaciones alimenticias entre cónyuges y ex cónyuges, con excepción de los Capítulos II y III.

Seguidamente, en el artículo 6 relativo a las funciones específicas de las Autoridades Centrales, en su segundo apartado, inciso d) se establece entre ellas, adoptar todas las medidas apropiadas para promover la solución amistosa de diferencias a fin de obtener el pago voluntario de alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación, la conciliación o mecanismos análogos;

Por último, con el propósito de garantizar la ejecución de las decisiones derivadas de la aplicación del Convenio en relación con su objeto de regulación, el artículo 34 regula el deber de los Estados de prever en su Derecho interno medidas efectivas para ejecutar las decisiones en aplicación del presente Convenio (art. 34.1) y entre estas medidas se incluye el uso de la mediación, conciliación y otros medios alternativos de resolución de conflictos a fin de conseguir el cumplimiento voluntario (art. 34.2 inciso i)).

V. VENTAJAS, LÍMITES Y RIESGOS DEL USO DE LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES INTERNACIONALES.

La utilización de la mediación u otros mecanismos o procesos análogos para la solución de controversias relativos a las relaciones internacionales de familia, dado su carácter internacional o transnacional, le imprime una nota y características especiales, así como un grado de complejidad con respecto a una mediación nacional, que nos hace observar con particular atención su distinción.

Ventajas:

- Facilita la comunicación entre las partes en un ámbito informal,
- permite que las partes desarrollen su propia estrategia respecto de cómo superar el conflicto;
- es un proceso flexible, que se puede adaptar fácilmente a las necesidades del caso particular;
- permite la discusión simultánea de consideraciones jurídicas y no jurídicas, así como también la participación informal de personas (terceros) que podrían no tener una legitimación en el caso;
- faculta a las partes a hacer frente a conflictos futuros de manera más constructiva
- puede ser de ayuda en una etapa temprana de un conflicto antes de que eventualmente se intensifique;
- puede permitir a las partes evitar procesos legales engorrosos;
- puede ofrecer una vía para evitar los procesos legales costosos;
- puede llevar a una solución sustentable y es por consiguiente probable que se eviten posibles procesos legales entre las mismas partes en el futuro.

Límites y riesgos

- No todos los conflictos de familia se pueden resolver de manera amigable, lo cual puede estar asociado a la naturaleza del conflicto, las necesidades específicas de las partes o las circunstancias específicas del caso, así como también a los requisitos legales particulares.
- Se involucran más de un sistema jurídico. Se deberán tomar en consideración las legislaciones de ambos sistemas jurídicos involucrados (o de todos ellos), así como también el derecho regional o internacional aplicable al caso en cuestión.
- La solución amistosa adoptada mediante acuerdo puede que no tenga efecto jurídico, lo cual puede estar determinado, entre otras cuestiones, por el hecho de que el acuerdo, en todo o en parte, entre en conflicto con el derecho aplicable o no ser jurídicamente vinculante y ejecutorio si el acuerdo no ha sido registrado, aprobado por un tribunal o incluido en una resolución judicial, cuando así se lo exija.

- La presencia del asesoramiento jurídico especializado puede ser necesario con respecto a los respectivos sistemas jurídicos aplicables a las cuestiones que deban ser abordadas en la mediación, como también a efectos de garantizar el efecto jurídico necesario en las distintas jurisdicciones involucradas.
- Que se redacte el acuerdo sin tener en cuenta todos los aspectos necesarios de la situación jurídica
- Pueden estar presentes una diversidad de culturas y religiones entre las partes que deben ser conocidas y atendidas por el mediador, teniendo en cuenta además que podría incidir incluso en el modo en que se comunican entre sí y con el mediador. Un modelo que se ha seguido con éxito en algunos programas de mediación es el de la mediación 'binacional', empleando la co-mediación, a través de dos mediadores de ambos Estados involucrados, cada uno de los cuales se encuentra informado respecto de la otra cultura.
- La diferencia de idiomas entre las partes. Ello no solamente afecta las posibilidades de comunicación directa, sino también genera el riesgo de que se produzcan malos entendidos como consecuencia de las dificultades idiomáticas. Ello puede generar también la sensación de encontrarse en situación de desventaja de una respecto a la otra, al tiempo de que el hecho de poder hablar su propia lengua materna, podría darles la sensación de estar en posición de igualdad.
En lo posible se deberían respetar los deseos de las partes respecto al idioma a utilizar en la mediación. Idealmente, el mediador debería poder entender y hablar esos idiomas. La co-mediación permite la participación de mediadores que tengan las mismas lenguas maternas que las partes o que hablen con facilidad el otro idioma o posean un buen conocimiento de él (llamada co-mediación 'bilingüe'. Ofrecerles a las partes la posibilidad de que se comuniquen en la mediación directamente en su idioma preferido es claramente la primera elección; no obstante, puede haber casos en los que esto no es factible. La comunicación en el idioma favorito podría, asimismo, ser facilitada a través del intérprete.
- La localización de las partes en diferentes países.
- Con respecto a la formación de los mediadores, teniendo en cuenta las características de la mediación internacional, se recomienda que estos tengan una formación complementaria específica. Especialmente en los casos de sustracción internacional de niños se deberá procurar preparar a los mediadores para enfrentar los desafíos de los casos de sustracción transfronteriza de niños. Así mismo su formación deberá incluir el desarrollo o la consolidación de la aptitud intercultural, así como también las habilidades idiomáticas necesarias.
- La complejidad de las situaciones jurídicas en las controversias familiares internacionales.
- Tratándose de una mediación en relaciones internacionales de familia, se deberá tomar en consideración cuestiones tratadas dentro de la mediación en relación con la competencia y la ley aplicable. Por lo general será necesaria la intervención de un tribunal para otorgarle efecto jurídico a un acuerdo de mediación y con ello eficacia o fuerza ejecutiva. Por ello, es importante considerar cuál o cuáles tribunales podrían ser competentes respecto de las cuestiones que se incluirán en el acuerdo de mediación, al igual que la cuestión de la ley aplicable.
- El efecto jurídico del acuerdo adoptado por las partes tiene el riesgo derivado de su ejecutabilidad en Estados distinto a donde fue adoptado dada la diversidad de sistemas involucrados.

Principios básicos presentes en la mediación internacional

- Carácter voluntario de la mediación. Constituye un principio que marca la naturaleza misma de la mediación, en tanto es imprescindible el querer de las partes llegar a un acuerdo amigable, que es el fin y objeto de este proceso. A pesar de la existencia de jurisdicciones donde se establece el carácter obligatorio de la mediación, las partes no estarán obligadas a resolver su controversia durante la mediación.
- Consentimiento informado: con anterioridad al inicio de la mediación, se deberá informar a las partes sobre todas las cuestiones relacionadas, para permitir que tomen una decisión fundada en cuanto al sometimiento de la controversia a mediación.
- Neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia.
- Confidencialidad. Todas las comunicaciones efectuadas en el curso y en el contexto de la mediación deben ser de carácter confidencial, conforme a la ley aplicable, salvo que las partes acuerden lo contrario, y teniendo en cuenta las excepciones procedentes admitidas en su caso por la jurisdicción correspondiente.

El mediador deberá informar a las partes sobre todas las normas de confidencialidad aplicables. Tratándose de una mediación familiar internacional, es de suma importancia tener en cuenta lo dispuesto sobre este particular en las jurisdicciones pertinentes o de todas ellas respecto de la cuestión de confidencialidad, a tiempo que aquellas deberán conocer si la información intercambiada en el curso de la mediación puede utilizarse ante un tribunal en alguna de las jurisdicciones involucradas. En el supuesto de que el mediador no tuviera conocimiento de las normas de confidencialidad.

- Especialmente en los casos sustracción internacional de niños se debe tener en cuenta el interés y el bienestar del niño.
- Dada la complejidad de las controversias familiares internacionales, se deberá informar a las partes den cuanto a la necesidad de asistencia jurídica especializada como base para la discusión en las sesiones de mediación, lo cual será de mucha utilidad para ayudar a las partes con la redacción del acuerdo de mediación y para otorgarle efecto jurídico en las jurisdicciones en cuestión.
- En el marco de controversias familiares internacionales el desarrollo de la medicación suele involucrar a partes con distintos contextos culturales y religiosos, por lo que los mediadores que cumplan este rol o función deben conocer las cuestiones culturales y religiosas que puedan estar involucradas y ser sensibles a ellas.

VI. SOBRE EL ACUERDO DE MEDIACIÓN EN LOS PROCESOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES DE FAMILIA

Si bien nos hemos venido refiriendo al uso de la mediación, la conciliación y otros procedimientos análogos en los casos de conflictos devenidos de relaciones internacionales de familia, un aspecto de vital importancia en la efectividad de estos métodos, sin lugar a dudas lo constituye la eficacia del acuerdo al que se arribe, incorporándose la problemática de la ejecutoriedad transfronteriza de dichos acuerdos.

El acuerdo que se alcance en este tipo de mediación tiene la particularidad que demanda observar los requisitos para que alcance efectos jurídicos en los Estados involucrados. Siendo válidamente celebrado se convierte en documento con fuerza ejecutiva desde el momento en que la intervención de una autoridad pública competente le asigna tal carácter.

El grado de complejidad e importancia que adquiere este aspecto, demanda la necesidad de prestar a las partes de un conflicto familiar transfronterizo la asistencia posible para hacer que el acuerdo de mediación sea vinculante y ejecutorio en los sistemas jurídicos pertinentes. Con tal propósito los Estados deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva, en el caso de que lo requiera, y siendo el caso, ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados.

En tal sentido, se deberá suministrar a las partes información respecto a los trámites necesarios para otorgarle efecto jurídico a un acuerdo lo cual debería ser facilitado por un organismo central, por ejemplo, un Punto de Contacto Central al que hemos hecho referencia.

En este sentido, la Guía de Buenas Prácticas ha señalado la necesidad de que los Estados establezcan procedimientos simples a través de los cuales los acuerdos de mediación puedan, a pedido de las partes, ser aprobados y / o declarados ejecutorios por la autoridad competente, y con tal propósito examinar la conveniencia de introducir disposiciones regulatorias o legislativas que los faciliten.

Otra cuestión de suma importancia con respecto a la validez de los acuerdos, resulta lo relativo a la competencia y la ley aplicable, lo cual no está presente cuando se trata de una mera mediación nacional.

Con respecto a la ley aplicable el acuerdo alcanzado en la mediación debe ser compatible con la ley aplicable a fin de servir como fundamento viable de la resolución de controversias. Las partes de una controversia familiar internacional deben tener conocimiento de que la ley aplicable a determinadas cuestiones abordadas durante la mediación no es necesariamente la ley del Estado en el cual la mediación se está desarrollando, teniendo en cuenta además la posibilidad de que las leyes de distintos Estados sean aplicables a las distintas cuestiones ventiladas en la mediación.

Relativo a la competencia, estará relacionada con la extensión del acuerdo respecto a cuestiones sobre las cuales no es posible el ejercicio de la libre disponibilidad de las partes mediante y por otro lado, la intervención del tribunal para declarar el carácter ejecutivo del referido acuerdo.

Siendo declarada la ejecutabilidad del acuerdo en el Estado donde se ha adoptado, corresponderá entonces evaluar su eficacia en un sistema distinto. En tal caso entra a colación la factibilidad que brinda la existencia de acuerdos bilaterales o multilaterales sobre el reconocimiento y la ejecución simplificados de órdenes judiciales de un Estado a otro.

El Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños se pronuncia al respecto establece que una orden judicial que enmarque un acuerdo relativo a la custodia o contacto en un Estado contratante constituye una medida de protección y, como tal, será reconocido de pleno derecho y ejecutorio en todos los Estados contratantes. Esto significa que 'el reconocimiento [...] se obtiene sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno en otros Estados contratantes. Consecuentemente la norma obliga a los Estados contratantes a aplicar un 'procedimiento simple y rápido' al respecto según establece el artículo 26.2. La declaración de exequátur o registro sólo puede ser denegada cuando se aplique una de las causales restringidas para la denegación de reconocimiento detalladas en el art. 23(2).

En igual sentido se pronuncia el Convenio sobre protección internacional de adultos en su artículo 22 al disponer que las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados contratantes

No obstante, en ambos casos en relación con la ejecución real de la medida, resulta necesaria la declaración de exequátur o el registro correspondiente en el país de su recepción.

Retomando el contenido de los Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta, en cuanto a las funciones que se asignan al Punto de Contacto Central a efectos de la mediación familiar internacional, ejercidas bien sea directamente o a través de intermediario, se incluye el suministro de información sobre el modo de otorgarle efecto vinculante al acuerdo de mediación, sobre la ejecución del acuerdo de mediación y sobre todo apoyo disponible a fin de garantizar la viabilidad a largo plazo del acuerdo de mediación.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos abordado las cuestiones sobre las posibilidades que brindan los Convenios de la Haya para el uso de la mediación, la conciliación y otros procedimientos análogos, especialmente en los conflictos que se producen en el ámbito de las relaciones internacionales de familia, con especial atención a las que se regulan a tenor del ámbito de aplicación de cada uno de los convenios relacionados y sus respectivos objetos de regulación.

Tomando en consideración la participación que actualmente tiene nuestro país, a partir de su incorporación a un número de tres y las potencialidades que existe en cuando al incremento de su participación en otros e igual naturaleza, interesa considerar entonces los retos que significa el logro de su implementación a efectos de su viabilidad, especialmente en lo relativo a uso de dichos procedimientos.

La incorporación de nuestro país a los instrumentos internacionales mencionados, implica el compromiso de su aplicación. Por lo que, considerando el alcance de los preceptos contenidos en ellos en cuando al uso de la mediación y otros procedimientos análogos, se deberán atender con atención su implementación y las medidas a adoptar para hacerlo viable.

Teniendo en cuenta las funciones que se asignan a la Autoridad Central designada, esta tendrá un rol esencial en la organización para el desarrollo de los servicios de mediación y otros que se regulan, teniendo incluso la posibilidad de asumir directamente su desarrollo y su práctica.

Para ello, se recomienda:

- a) Evaluar la conveniencia de reconocer la aplicación de los Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del proceso de Malta;
- b) consecuentemente designar un Punto de Contacto Central, o asumir directamente esta función, en interés de ejecutar las acciones que se detallan en los referidos Principios;
- c) Crear un sistema de formación de mediadores especializados en los conflictos derivados de relaciones internacionales de familia;
- d) establecer contactos con otros centros, instituciones, autoridades de países donde ya se prestan estos servicios a efectos de obtener experiencias, así como una red de intercambio de información para su desarrollo;

e) revisar los mecanismos y posibilidades que brinda la legislación interna en interés de facilitar la aprobación de los acuerdos de mediación por la autoridad judicial así como los mecanismos de ejecución de estos acuerdos conforme a su legislación, ello incluye el procedimiento establecido en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, a efectos de extender su aplicación a los acuerdos adoptados en el extranjero para ser ejecutados en nuestro país.

ANEXO 1

PRINCIPIOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE ESTRUCTURAS DE MEDIACIÓN EN EL CONTEXTO DEL PROCESO DE MALTA

Redactados por el Grupo de Trabajo con la asistencia de la Oficina Permanente

A PUNTO DE CONTACTO CENTRAL

Los Estados deberían establecer / designar un Punto de Contacto Central a efectos de la mediación familiar internacional que debería asumir las siguientes funciones, ya sea directamente o a través de un intermediario,

- Actuar como punto de contacto para los particulares y, al mismo tiempo, como punto de acceso para los mediadores que se dediquen a las controversias familiares transfronterizas.

- Suministrar información acerca de los servicios de mediación familiar disponibles en dicho país, por ejemplo:

- > Lista de mediadores en materia de familia, que incluya sus datos de contacto e información sobre su formación, dominio de idiomas y experiencias;

- > Lista de organizaciones que prestan servicios de mediación en el marco de controversias familiares internacionales;

- > Información sobre costes de mediación;

- > Información sobre los modelos de mediación empleados / disponibles; e

- > Información sobre el modo en que la mediación se lleva adelante y los temas que puede comprender.

- Suministrar información a fin de colaborar con la localización del otro progenitor de niño dentro del país en cuestión.

- Suministrar información acerca del lugar donde obtener asesoramiento en materia de derecho de familia y procedimientos legales.

- Suministrar información sobre el modo de otorgarle efecto vinculante al acuerdo de mediación.

- Suministrar información sobre la ejecución del acuerdo de mediación.

- Suministrar información acerca de todo apoyo disponible a fin de garantizar la viabilidad a largo plazo del acuerdo de mediación.

- Fomentar la cooperación entre diversos expertos mediante la promoción de actividades de enlace, programas de formación y del intercambio de las mejores prácticas.

- Sujeto al principio de confidencialidad, reunir información acerca del número y de la naturaleza de los casos procesados por los puntos de contacto centrales, las medidas adoptadas y las consecuencias, incluidos los resultados de la mediación, cuando sean conocidos, y publicarla en forma periódica.

La información debería suministrarse en el idioma oficial de dicho Estado al igual que en inglés o francés.

La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya debería ser informada acerca de los datos de contacto del Punto de Contacto Central, entre los que se encuentran la dirección postal, el número de teléfono, la dirección de correo electrónico y los nombres de la/s persona/s responsable/s, al igual que información acerca de los idiomas que habla/n.

Las solicitudes de información o asistencia dirigidas al Punto de Contacto Central deberían procesarse con urgencia.

Cuando sea factible, el Punto de Contacto Central debería publicar toda información pertinente acerca de los servicios de mediación en un sitio web en el idioma oficial y en inglés o francés.

Cuando un Punto de Contacto no pueda prestar este servicio, la Oficina Permanente podría publicar en Internet la información recibida por el Punto de Contacto Central.

B. MEDIACIÓN

1. Características de los Mediadores / Organizaciones de Mediación identificadas por los Puntos de Contacto Centrales

Entre las características que el Punto de Contacto Central debería tener en cuenta al momento de identificar y enumerar a los mediadores internacionales en materia de familia o las organizaciones de mediación se encuentran las siguientes:

- Enfoque profesional y formación adecuada en materia de mediación familiar (incluida la mediación familiar internacional).

- Experiencia considerable en controversias familiares internacionales transfronterizas.
- Conocimiento y comprensión de los instrumentos legales internacionales y regionales pertinentes.
- Acceso a una red de contactos pertinente (tanto nacional como internacional).
- Conocimiento de diversos sistemas jurídicos y del modo de otorgarle efecto vinculante al acuerdo de mediación o tornarlo ejecutorio en las jurisdicciones pertinentes.
- Acceso a apoyo administrativo y profesional.
- Enfoque estructurado y profesional respecto de la administración, la conservación de registros y la evaluación de los servicios.
- Acceso a los recursos pertinentes (material/comunicaciones, etc.) en el contexto de la mediación familiar internacional.
- El servicio de mediación goza de reconocimiento legal en el Estado en el que funciona, i.e., si existe un sistema semejante.
- Competencia en materia de idiomas.

Se reconoce que, en los Estados en los que el desarrollo de servicios de mediación internacional se encuentra en una etapa temprana, muchas de las características enumeradas supra son meras aspiraciones y, a esta altura, no sería realista insistir en ellas.

2. Proceso de Mediación

Se reconoce que los distintos países utilizan una amplia gama de procedimientos y metodologías en materia de mediación familiar. Sin embargo, existen principios generales que, sujetos a la legislación aplicable al proceso de mediación, deberían influir en la mediación:

Examen de la aptitud del caso en particular para la mediación

- Consentimiento informado
- Participación voluntaria
- Asistencia a los progenitores afin de que lleguen a un acuerdo que tenga en cuenta el interés y el bienestar del niño
- Neutralidad
- Justicia
- Uso de la lengua materna o del idioma o de los idiomas con que los participantes estén cómodos
- Confidencialidad
- Imparcialidad
- Competencia intercultural
- Toma de decisiones fundadas y acceso apropiado a asesoramiento jurídico

3. Acuerdo de Mediación

Al momento de ayudar en la redacción de los acuerdos, los mediadores en el marco de controversias familiares transfronterizas deberían tener en cuenta el ejercicio efectivo del acuerdo en todo momento. El acuerdo debe ser compatible con los sistemas jurídicos pertinentes. Los acuerdos relativos a cuestiones de custodia y contacto deberían ser lo más concretos posible y tener en cuenta los aspectos prácticos pertinentes. Cuando el acuerdo estuviera vinculado a dos jurisdicciones con idiomas diferentes, el acuerdo debería redactarse en ambos idiomas, si ello simplificara el proceso tendiente a otorgarle efecto jurídicamente vinculante.

C. OTORGAMIENTO DE EFECTO VINCULANTE AL ACUERDO DE MEDIACIÓN

Los mediadores que se ocupen de controversias familiares internacionales en materia de custodia y contacto deberían cooperar estrechamente con los representantes legales de las partes.

Antes de procederse a la implementación del acuerdo, el acuerdo debería tornarse ejecutorio o vinculante en las jurisdicciones pertinentes.

Los Puntos de Contacto Centrales de las jurisdicciones involucradas deberían asistir a las partes mediante el suministro de información acerca de los procedimientos pertinentes.

Cuando sea necesario, los países podrán analizar la conveniencia de incorporar disposiciones regulatorias o legislativas a efectos de la ejecución de los acuerdos

Anexo 2

MEMORANDO EXPLICATIVO SOBRE LOS PRINCIPIOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE ESTRUCTURAS DE MEDIACIÓN EN EL CONTEXTO DEL PROCESO DE MALTA

Redactado por el Grupo de Trabajo con la asistencia de la Oficina Permanente

ANTECEDENTES

En el marco de la reunión que tuvo lugar entre los días 31 de marzo y 2 de abril de 2009, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado autorizó, en el contexto del Proceso de Malta, el establecimiento de un Grupo de Trabajo para promover el desarrollo de estructuras de mediación que ayuden a resolver conflictos

familiares transfronterizos relativos a la custodia de los niños o al contacto entre padres e hijos, incluidos los casos de traslado unilateral de un niño a otro Estado, donde el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños no sean aplicables.

La recomendación del establecimiento de un Grupo de Trabajo semejante surgió de la Tercera Conferencia Judicial sobre Cuestiones Transfronterizas del Derecho de Familia que tuvo lugar en San Julián, Malta, entre los días 23 y 26 de marzo de 2009.

En junio de 2009, un número reducido de Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y Estados no contratantes, seleccionados sobre la base de factores demográficos y tradiciones jurídicas diferentes, fueron invitados a designar expertos. Entre estos Estados se encontraban Alemania, Australia, Canadá, Egipto, Estados Unidos de América, Francia, India, Jordania, Malasia, Marruecos, Pakistán y Reino Unido. Asimismo, un número reducido de expertos en mediación independientes fueron invitados a formar parte del Grupo de Trabajo.

El Grupo de Trabajo tuvo dos reuniones vía teleconferencia, una el día 30 de julio de 2009 y otra el día 29 de octubre de 2009, al igual que una reunión en persona que tuvo lugar entre los días 11 y 12 de mayo de 2010 en Ottawa, Canadá. Las reuniones fueron presididas conjuntamente por la Sra. Lillian Thomsen de Canadá y el Juez Superior Tassaduq Hussain Jillani de Pakistán. En todas estas reuniones hubo interpretación simultánea disponible entre inglés, francés y árabe. Dos cuestionarios sobre las estructuras de mediación existentes y sobre la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación se hicieron circular en preparación de las teleconferencias del Grupo de Trabajo y sus respuestas se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya < www.hcch.net > en 'Trabajo en curso' y 'Sustracción de Niños'.

En la primera reunión vía teleconferencia, el Grupo de Trabajo concluyó que sería importante establecer Puntos de Contacto Centrales en cada país que faciliten información acerca de los servicios de mediación disponibles en las respectivas jurisdicciones. Luego de la segunda reunión vía teleconferencia, el Grupo de Trabajo comenzó a trabajar en un 'Proyecto de Principios' para el establecimiento de estructuras de mediación, que se concluyeron luego de un profundo debate durante la reunión en persona que tuvo lugar en Canadá entre los días 11 y 12 de mayo de 2010 y de posteriores consultas con los expertos que no pudieron asistir a dicha reunión.

Los Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del Proceso de Malta

Los 'Principios' fueron redactados a fin de establecer estructuras de mediación eficaces a efectos de las controversias familiares transfronterizas relativas a niños que involucren Estados que no sean parte del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños ni de otros instrumentos pertinentes. En caso de ausencia de un marco jurídico internacional o regional aplicable, la mediación u otros medios similares de solución amistosa de controversias son frecuentemente la única forma de encontrar una solución que permita que el niño en cuestión mantenga contacto continuo con ambos progenitores.

Cabe destacar que el establecimiento de estructuras de mediación familiar transfronteriza será igualmente relevante para las controversias familiares transfronterizas que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños. Ambos Convenios promueven la resolución amigable del conflicto familiar a través de la mediación u otros medios similares. Por lo tanto, los Principios pueden ser de utilidad, asimismo, para complementar el marco jurídico internacional establecido por los Convenios.

Los 'Principios'

Los 'Principios' requieren el establecimiento de un Punto de Contacto Central, que facilite el suministro de información sobre, inter alia, los servicios de mediación disponibles en las respectivas jurisdicciones, el acceso a la mediación y otras cuestiones relacionadas de importancia, tales como la información legal pertinente.

Parte a

La Parte A de los 'Principios' establece la información que debería suministrarse y el modo en que debería brindarse acceso a dicha información a través de los Puntos de Contacto Centrales.

La información acerca de los servicios de mediación en el marco del derecho internacional en materia de familia debería comprender, en primer lugar, listas de mediadores u organizaciones de

mediación que presten tales servicios. Las listas deberían contener información sobre la formación, el dominio de idiomas y la experiencia del mediador, además de los datos de contacto. Asimismo, el Punto de Contacto Central debería facilitar información sobre los costes de mediación, que deberían incluir tanto los honorarios de mediación como otros costes relacionados. Además, el Punto de Contacto Central debería suministrar información acerca del proceso de mediación en sí mismo, i.e. los modelos de mediación empleados / disponibles, el modo en que la mediación se lleva adelante y los temas que puede comprender. La información debería ser lo más detallada posible y debería incluirse información sobre la disponibilidad de la co-mediación y sus formas específicas, tales como la mediación binacional.

El Punto de Contacto Central debería suministrar, asimismo, información a fin de colaborar con la localización del otro progenitor / del niño dentro del país en cuestión. Del mismo modo, debería suministrarse información acerca del lugar donde obtener asesoramiento en materia de derecho de familia y procedimientos legales, sobre el modo de otorgarle efecto vinculante al acuerdo de mediación y sus medios de ejecución. En vista de los recursos a menudo limitados de las partes de una disputa familiar, debería incluirse información sobre los costes. Cabe destacar la disponibilidad de servicios ad honorem o servicios que ofrecen asesoramiento jurídico especializado a bajo costo en algunos casos. Asimismo, el Punto de Contacto Central debería suministrar información acerca de todo apoyo disponible a fin de garantizar la viabilidad a largo plazo del acuerdo de mediación.

El Punto de Contacto Central debería mejorar y consolidar la cooperación transfronteriza con respecto a la solución amigable de controversias familiares internacionales a través del fomento de la cooperación entre diversos expertos mediante la promoción de actividades de enlace, programas de formación y del intercambio de las mejores prácticas. Por último, sujeto al principio de confidencialidad, el Punto de Contacto Central debería reunir estadísticas detalladas acerca de los casos procesados y publicarlas.

Parte b

En la Parte B, el término 'Principios' hace referencia a (1) ciertas normas relativas a la identificación de servicios de mediación internacional por parte de los Puntos de Contacto Centrales, (2) al proceso de mediación y (3) al acuerdo de mediación.

En virtud del Punto B (1), los 'Principios' establecen una serie de características de los mediadores o las organizaciones de mediación, que los Puntos de Contacto Centrales deberían tener en cuenta al momento de identificar y enumerar los servicios de mediación internacional. Al mismo tiempo, los 'Principios' reconocen que muchos Estados aún se encuentran en una etapa temprana del desarrollo de los servicios de mediación internacional en materia de familia y que algunas de las características enumeradas son meras aspiraciones. No obstante, se espera que los Estados que implementan los 'Principios' alienten el desarrollo creciente de servicios de mediación que cumplan con estas características.

El Punto B (2) enumera una serie de principios generales amplios, a los que, sujetos a la legislación aplicable al proceso de mediación, debería adherirse en el marco de la mediación familiar internacional. Al reconocer que estos principios pueden tener una interpretación ligeramente diferente en los distintos sistemas jurídicos y con miras a permitir el desarrollo de buenas prácticas, el documento se abstiene de asignar definiciones fijas a estos principios generales. Cabe destacar que la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, que actualmente se encuentra en proceso de preparación, abordará las buenas prácticas relativas a estos principios generales en mucho más detalle.

El Punto B (3) resalta ciertos aspectos importantes que deben tenerse en cuenta respecto del acuerdo de mediación a fin de permitir que se le otorgue efecto vinculante en los sistemas jurídicos involucrados. Para detalles acerca de las buenas prácticas relativas a la redacción del acuerdo de mediación, remitirse una vez más a la próxima Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.

Parte c

La Parte C reconoce la importancia de que a un acuerdo de mediación se le otorgue efecto vinculante o de que éste se torne ejecutorio en todos los sistemas jurídicos involucrados con anterioridad a su implementación. Asimismo, destaca la necesidad de cooperación estrecha entre los representantes legales de las partes. Al mismo tiempo, se solicita que el Punto de Contacto Central brinde apoyo a las partes mediante el suministro de información acerca de los procedimientos pertinentes.

Nota Final

El Grupo de Trabajo desearía haber incluido en el presente Memorando Explicativo una declaración acerca de su opinión según la cual los Estados no parte deberían considerar

cuidadosamente las ventajas de la ratificación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños y del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o de su adhesión a ellos.

LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN LA INSTRUMENTACIÓN DE ACTOS QUE COMPRENDEN DERECHOS DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Autoras:

Dra.C. Aliani Díaz López, Profesora de Derecho Notarial, Universidad de Pinar del Río

MsC Ana María Pereda Mirabal, Profesora Universidad de Pinar del Río. Notaria adscrita a la Dirección Provincial de Justicia en Pinar del Río

E.mail: anam@upr.edu.cu

1. Apuntes introductorios: el notario y los nuevos paradigmas

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

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

La historia da testimonio del tratamiento que a través de los tiempos recibieron las personas en situación de vulnerabilidad. En general han sido segregadas socialmente y en el campo jurídico se les ha vedado el goce pleno de sus derechos. No obstante, a nivel internacional desde principios del siglo XX se advierte una tendencia a acordar principios universales en la protección de los derechos de las personas para asegurar su ejercicio igualitario¹⁶.

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

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

¹⁶ Vid ARÉVALO, E. Jorge y RAJMIL, Alicia Beatriz, “Una Nueva Mirada Jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las persona” ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, COMISIÓN I: IGUALDAD Y CAPACIDAD JURÍDICA, Argentina 2010.

Desde la función notarial debemos advertir y comprender los grandes cambios que se han operado en el mundo jurídico, especialmente en relación a la capacidad de las personas para el ejercicio de sus derechos. Se habla de una nueva mirada jurídica que, reconociendo las diferencias entre los seres humanos, rescata y otorga relevancia a la voluntad de aquellos anteriormente ignorados por el Derecho, como los menores de edad y las personas con discapacidad¹⁷.

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

La realidades de las personas con discapacidad como se ha venido explicando no es ajena para los notarios, quienes en cada una de las situaciones que se les presentan a diario deben poseer la pericia y sensibilidad necesarias para instrumentar los actos que se les requiera, máxime cuando el solicitante es una persona discapacitada.

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

2. Precisiones conceptuales previas y necesarias

2.1 Apuntes técnicos-jurídicos acerca de la persona natural.

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

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

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

La capacidad de obrar por otro lado ha sido definida como la aptitud que posee la persona para poder realizar de forma eficaz actos jurídicos, siendo por consiguiente la habilidad que se tiene para por sí mismo, sin necesidad de que intervengan terceras personas, ejercitar los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en cabeza de cada individuo. Es importante destacar que la capacidad de hecho o de ejercicio no se expresa por igual en todas las personas, de ahí que se haya determinado que existen quienes exhiben está plenamente, y otros la tienen restringida o simplemente hay quienes carecen de ella en su totalidad.

¹⁷ CALO, Emanuele. *BIOETICA. "Nuevos derechos y autonomía de la voluntad"*, Ediciones La Rocca, pag.285.

Como principio la capacidad de obrar se supone es plena en las personas que han alcanzado la mayoría de edad, se han emancipado vía matrimonial y en sentido general en todas aquellas que puedan expresar de forma inequívoca su voluntad, pues es una atribución que requiere de inteligencia y voluntad, cuestiones que no se presentan de la misma manera en todos los seres humanos, de ahí que puedan formalizar toda clase de actos jurídicos¹⁸.

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

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

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

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

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

Para CABANELLAS DE TORRES la incapacidad civil es la declarada expresamente por la ley o establecida por sentencia judicial y que de manera absoluta o relativa impide ejercer derechos, contraer deberes e intervenir en negocios jurídicos¹⁹.

A decir de DIEZ AZCONEGUI: "En lo que se refiere a la incapacidad de las personas jurídicas, ésta también se puede clasificar en incapacidad de derecho o de hecho."²⁰

La regla general es por ende la presunción de plena capacidad (presunción pro capacitate) siendo la incapacidad la excepción a esta, y al ser una figura que casi de forma absoluta anula la

¹⁸Existen momentos en los que una persona que posee plena capacidad de obrar no reúne todos los requisitos que se requieren para efectuar válidamente un acto, cual sería el caso de un individuo que tiene afectada temporalmente su capacidad por estar bajo los efectos de sustancias anestésicas, alcohólicas o psicotrópicas. Puede darse el caso de persona que no tengan esta capacidad natural pero al no haber sido declarada su incapacidad judicialmente subsiste en ellas por una presunción que admite prueba en contrario (*iuris tantum*) la plena capacidad.

¹⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*. Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Editorial Heliasta, Argentina, 2008, p. 222.

²⁰ DIEZ AZCONEGUI, María Belén: *Cómo está regulada la capacidad y la incapacidad*. Archivo personal de la Msc Nileidys Torga Hernández.

actuación jurídica de las persona naturales, cada uno de sus supuestos deben estar reconocidos expresamente por la norma legal para surtir efectos

A juicio de CASTÁN²¹, **las incapacidades** son restricciones de la capacidad de obrar, se fundan en circunstancias subjetivas de ciertas personas que obligan a la ley a retardar o suspender por cierto tiempo determinado o indefinido, la aptitud para realizar actos jurídicos, remediando entre tanto su defecto de capacidad con instituciones o medios supletorios y complementarios. La incapacidad se relaciona directamente con la capacidad natural de la persona, difiere de la incapacitación que opera en los casos donde hay un pronunciamiento judicial que cambia el estado civil general de la persona.

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

La restricción a la capacidad ha sido definida por O'CALLAGHAN como "... el grado intermedio de la capacidad de obrar; la persona con esta capacidad actúa por sí misma en el mundo jurídico, pero precisa de un complemento de capacidad para la validez de ciertos actos jurídicos"²².

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

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

La deficiencia por su parte, según la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, es todo problema en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida, es resultado inmediato de la afección que sufre la persona, y que trae como consecuencia la discapacidad²³.

La deficiencia se caracteriza por pérdidas o anomalías de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Ejemplos: Hemiplejía - (Deficiencia músculo – esquelética); Afasia - (Deficiencia del Lenguaje); representa la exteriorización de un estado patológico y, en principio, refleja perturbaciones al nivel de órgano o estructura corporal y es consecuencia inmediata del daño (accidente o enfermedad).²⁴

La minusvalía es una consecuencia social, laboral, familiar, etc. que coloca a la persona portadora de deficiencia y/o discapacidad en desventaja respecto a otras de sus mismas características. Dentro de las minusvalías encontramos las de orientación, de independencia física, ocupacional, de integración, entre otras²⁵. Estudiosos del tema plantean que la característica fundamental de la minusvalía se evidencia en el contraste que se presenta entre la capacidad de rendimiento de la persona y los intereses, expectativas y posibilidades que el mismo posee, o que el entorno de personas que le rodean demanda de él.

Cuando un individuo presenta una deficiencia o discapacidad resultan un grupo de consecuencias socioeconómicas y ambientales que reciben un nombre: minusvalía, que traen como desventaja la

²¹ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo tercero, Editorial Reus, Madrid, 1988, p. 507.

²² O'CALLAGHAN, Xavier, "La declaración de incapacidad", en *La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, p. 47.

²³ ÁLVARES SINTES, Roberto: *Medicina general integral*, Volumen I, Salud y medicina, Editorial Ciencias Médicas, la Habana, 2008, p. 390.

²⁴ *ídem.* p. 377.

²⁵ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: *La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda*. Libro: Nuevos perfiles del Derecho de Familia. CD homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo.

imposibilidad de satisfacer expectativas propias de la persona y del entorno que les rodea según los estándares o cánones establecidos, que lógicamente incide en la capacidad de la persona para desempeñar su rol a plenitud dentro del ámbito social en el que se desarrolla.

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

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

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

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

En sentido general la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (CIDPD) reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los factores contextuales, tanto ambientales como personales. Se trata de obstáculos, barreras físicas y actitudes imperantes, que impiden su participación en la sociedad. Las discapacidades incluyen deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales tales como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el desarrollo²⁶.

3. El rol del notario latino y cubano.

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

Cada negocio jurídico lleva implícito dentro de sus presupuestos esenciales la capacidad de obra y la libre manifestación de voluntad de sus otorgantes, y cuando el notario interviene en la formalización de dichos negocios es al que corresponde garantizar ambas cuestiones. Lo que se traduce que en cualquier sede notarial que se instrumenten tales actos, el notario es el garante del respeto a aquellos derechos y la participación de la persona de acuerdo a sus reales aptitudes de discernimiento para el caso concreto y a las características del acto a otorgar.

Se parte de que en principio el que comparece al acto notarial debe poseer la capacidad jurídica requerida por ley para el negocio que quiere realizar y es entonces cuando el notario partiendo de la presunción *pro capacitate* debe iniciar el proceso de indagación fáctica, lo que significa que

²⁶ Vid ARÉVALO, E. Jorge y RAJMIL, Alicia Beatriz, "Una Nueva Mirada Jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las personas" ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, COMISIÓN I: IGUALDAD Y CAPACIDAD JURÍDICA, Argentina 2010.

corresponde al notario determinar si el otorgante está en su sano juicio y comprende el alcance de sus actos, en otras palabras concierne al fedatario verificar la capacidad natural de la persona; comprobación que se ve complementada con la verificación de la no existencia de vicios del consentimiento (error, violencia, dolo, amenaza) que de existir afectarían la validez del negocio. El juicio de capacidad se convierte en un elemento fundamental a la hora de instrumentar el acto, siendo la pericia, el sentido común y la experiencia profesional, las herramientas del fedatario para emitirlo.

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

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

La apreciación de la capacidad debe partir de la identificación de los otorgantes, identificación que corresponde al notario. Los mecanismos identificatorios pueden ser varios: mediante documentos, siendo el carné de identidad el documento identificativo por excelencia; también a través de la intervención testifical se puede identificar a un otorgante indocumentado, sería el caso de los llamados testigos de conocimiento; la identificación puede ser por el conocimiento privado del notario, quien por ciencia privada pueda dar fe de la identidad de la persona y otra vía puede ser en los negocios jurídicos la identificación por la otra parte contratante, a decir de Jesús GÓMEZ TABOADA, quien a su vez refiere lo planteado por RODRÍGUEZ ABRADO, tratándose de un contrato de compraventa el vendedor podrá identificar al comprador, pero no a la inversa pues la suplantación del vendedor resultaría relativamente fácil.²⁷

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

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

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

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (CIDPD) consagra en su artículo 12 que las personas discapacitadas tendrán igual reconocimiento como persona ante la ley, además de pronunciarse en los apartados subsiguientes del propio artículo sobre la responsabilidad de los Estados de proporcionar medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad, impedir abusos en relación a lo regulado internacionalmente sobre los Derechos

²⁷ Vid. GÓMEZ TABOADA, Jesús, “Juicio de Capacidad Notarial. Capacidad de los otorgantes y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial” en Colectivo de Autores, Derecho Notarial, Tomo II. Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2007, pág. 333.

Humanos, bajo principio de dignidad, no discriminación e igualdad así como la protección patrimonial de las persona con discapacidad.²⁸

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

La VIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Veracruz, México, en 1998; se pronunció unánimemente por la existencia y el reconocimiento del “*Derecho de Autoprotección*”²⁹ considerándolo un derecho fundamental que procede del derecho a la libertad y a la dignidad, por lo que exige de las legislaciones de los distintos países que integran el notariado latino, adoptar las medidas necesarias a través de las reformas legislativas correspondientes para su admisión.³⁰ De esta regulación es partidaria también la Unión Internacional del Notariado Latino a partir de su XXII Congreso, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en el propio año.

Dentro de estas medidas de apoyo podemos citar:

1. Patrimonio protegido del discapacitado. Supone la creación de un patrimonio, conformado por una masa de bienes que se afecta en razón de solventar las necesidades del discapacitado. Puede crearse por el propio discapacitado cuando estaba en plenas facultades, pero provenir de padres, tutores, de un tercero e incluso de una institución pública. Sería un patrimonio separado. Su constitución debe hacerse en escritura pública ante notario competente y deben existir registros donde se haga constar que bienes integran este patrimonio. El beneficiario será el discapacitado y la administración puede corresponder indistintamente al este, a sus padres o tutores, e incluso a un tercero designado en la escritura notarial constitutiva. La

²⁸ **Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006):**

Art. 12 - *Igual reconocimiento como persona ante la ley.*

1. *Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
2. *... reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
3. *... adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*
4. *... asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*
5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

²⁹ Expresión que, se afirma, nació en sus deliberaciones. Cfr. TAIANA DE BRANDY, Nelly A. y Luis Rogelio LLÓRENS: “El Derecho de Autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión”, en Revista del Notariado, año XCVI, no. 857, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1999, p. 28.

³⁰ Autocuratela. Trabajo presentado por la Delegación San Isidro, obtuvo el premio en la Categoría Trabajos de Delegaciones en la XXXV Jornada Notarial Bonaerense, desarrollada en Tandil, del 7 al 10 de noviembre de 2007. <http://www.escribaniapadula.com.ar/pag/AutocurTandil07.html> consultado el día 19 de noviembre de 2009.

- supervisión debe ser efectuada por la autoridad competente u el órgano jurisdiccional. Este patrimonio nunca se erigirá como persona jurídica, no estará sujeto al pago de deudas, no es garantía, ni es embargable, sino que es sometido a un régimen especial.
2. Derecho de habitación para la vivienda. No es otra cosa que reconocer un derecho permanente de ocupación en la vivienda que habita el discapacitado, que le garantice ante la muerte del titular del inmueble la permanencia en el hogar.
 3. Renta vitalicia. La persona con discapacidad puede concertar un contrato mediante el cual alquila un bien, por ejemplo una vivienda, con el objetivo de garantizar una renta o utilidad de por vida, que le provea su sustento económico.
 4. Contrato de alimento. Sería aquel contrato mediante el cual los inquilinos, sin que medie renta, garantizan al discapacitado alimentos. El contrato puede ser concertado con el propio discapacitado o la persona que cuida de ellos (padres o tutores), configurando este último un contrato a favor de tercero.
 5. El crédito vitalicio con garantía hipotecaria, comúnmente denominado “hipoteca inversa”. Como nueva herramienta de autoprotección permite mantener un nivel adecuado de vida ante una situación de discapacidad. La modalidad hipotecaria que se alude garantiza un crédito proveniente de un mutuo con desembolso del dinero en un pago único o en sumas periódicas durante un plazo determinado o vitalicio, en el que, a diferencia de los créditos tradicionales con garantía hipotecaria, el plazo de reembolso y eventual ejecución se encuentra diferido, ya que el capital e intereses adeudados no serán pagados por el deudor, sino por sus herederos al fallecimiento de aquél o del último beneficiario, conforme se haya pactado. Concretamente estamos frente a una línea de crédito inversa a la habitual, ya que el tomador del crédito recibirá en préstamo una cantidad de dinero (capital), en un desembolso único o en cuotas partes periódicas; este capital más los intereses pactados no será pagado por el tomador del crédito sino por quien resulte obligado a su fallecimiento, y garantizada ésta circunstancia con una hipoteca sobre el inmueble de titularidad del tomador. Estamos ante dos negocios jurídicos conexos entre sí pero con particularidades específicas: el principal, un contrato de préstamo (mutuo) con una modalidad de pago diferido en el cual se pacta un plazo incierto de comienzo del reintegro del capital e intereses pactados, denominado “crédito vitalicio” y el accesorio, un contrato que hace nacer el derecho real de hipoteca como garantía del cumplimiento de las obligaciones que nacen del principal³¹.
 6. Tutela autodesignada. A decir de CREHUET DEL AMO esta institución se define como “(...) la designación de un tutor para sí mismo, hecha por un individuo de plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz.”³² BADOSA COLL la reentiende como “(...) la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacidad”³³. RIVAS MARTÍNEZ la ha definido como “(...) la guarda de la persona y bienes deferida por el propio interesado antes de haber incidido en incapacidad; es decir, es la designación de tutor de sí mismo hecha por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz” y afirma que “(...) puede también considerarse como la legitimación de una persona para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacidad”³⁴. En esencia estaríamos en presencia de un negocio jurídico unilateral, personalísimo e indelegable que todos los casos presupone la plena capacidad de obrar del sujeto al momento de su otorgamiento.
 7. Poderes preventivos: cuando la persona nombra un apoderado para el momento en ya no posea plena capacidad de obrar. Dentro de las medidas preventivas esta es una de las más cuestionadas, pues parten esencialmente del hecho de que los poderes tienen una ejecución y aplicación inmediatas, siendo esencialmente revocables y si es para cuando se pierda la capacidad se convertirían en irrevocables; en este sentido autores como Emma del Rosario HERNÁNDEZ BEZANILLA y Luis Raúl HERNÁNDEZ BORUNDA citando a DE AMUNÁNTGUI RODRÍGUEZ, afirman que no es posible que el apoderado desempeñe, en nombre del representante, negocios para los que éste no tiene capacidad, pero en el supuesto específico de los poderes

³¹ Vid. LUCERO ESEVERRI, Roberto A. “ACCESO AL CREDITO VITALICIO POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD”, ponencia presentada en 1º CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE CAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS, Ciudad de Buenos Aires, 10 y 11 de Junio de 2010.

³² CREHUET DEL AMO, Diego María: *La Tutela Fiduciaria*, Editorial Reus, Madrid, 1921. p. 9.

³³ BADOSA COLL, Ferrán: “La autotutela”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, volumen II. Editorial Bosch, Barcelona, 1993, p. 903.

³⁴ RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Ponencias presentadas por el Notariado Español-VIII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, México, Colegios Notariales de España, 1998, p. 210.

preventivos cuando el mandante otorga el poder ostenta plena capacidad para poder realizar personalmente el o los negocios representativos objeto del mandato, y la circunstancia de que después pierda su capacidad inicial no debería determinar sin más la extinción del poder³⁵. Reforzando este criterio otros autores alude la existencia de otras vías de revocación como acto jurídico, sin embargo cierto es que pierde su esencia revocable, además carece de mecanismo de revisión, pues se dejaría al arbitrio de los parientes el cuestionamiento de la labor del apoderado.

8. Disposiciones de voluntad anticipadas. Se puede emplear para designar una persona como tutor e incluye aquellos otros pronunciamientos relativos a la eutanasia, disposición de órganos, tratamiento clínicos, entre otros.

Aun cuando la legislación civil y notarial cubana no recoge taxativamente ninguno de estos supuestos ni consagra su implementación la necesidad de proteger a las personas en situación de vulnerabilidad es un reclamo moral y jurídico de los ciudadanos. La aplicación de algunas de estas medidas preventivas en la realidad de nuestro país queda a la práctica judicial, si se hace una interpretación extensiva del artículo 20 del Código Civil cubano, no obstante la doctrina científica foránea ha demostrado que el notario latino es un profesional del derecho dotado de fe pública, un funcionario público que imprime a sus actos seguridad y legalidad, que asesora jurídicamente a las personas actuando de manera imparcial, exponiendo en cada caso las derivaciones legales que se suscitan de los actos o negocios jurídicos, así como los efectos jurídicos que resultan de la declaración de voluntad del sujeto en su patrimonio económico y moral, razones que avalan su competencia para implementar e instrumentar, cualquiera de estas medidas preventivas basadas en el derecho de autoprotección que detenta cualquier persona natural.

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

5. Conclusiones:

1. La discapacidad es una forma más de diversidad humana, que debe ser afrontada sin tabúes ni criterios discriminatorios, siendo desde el punto de vista jurídico una situación donde el sujeto necesita personas de apoyo o complemento que le asistan en aquellos actos que no pueden realizar por sí mismos, destacándose en este particular que la capacidad y la discapacidad no son conceptos extremos ni sinónimos, lo cual no significa que todo discapacitado tenga que ser un incapacitado judicialmente.

2. El notario, haciendo uso de la facultad que la ley le otorga para emitir el juicio de capacidad debe cumplir un rol primordial en este ámbito, ajustando su actuar cotidiano a los nuevos paradigmas que sobre la discapacidad se han esgrimido. Por lo que le corresponde ser garante en la instrumentación de los actos que le son solicitados, de la plena participación de todas las personas interesadas atendiendo a su aptitud de discernimiento con respecto al acto preciso que va a otorgar. Todo lo cual demanda del notario una alta responsabilidad en aras salvaguardar la seguridad jurídica y los derechos de las personas intervinientes.

3. Los actos de autoprotección son totalmente válidos y su objeto comprende disposiciones y estipulaciones relacionadas con el ejercicio de los derechos personalísimos, patrimoniales y extrapatrimoniales. Entre otras, es posible establecer directivas de salud anticipadas, proponer la designación de su propio curador, y previsiones sobre la administración y disposición de sus bienes, siendo jurídica y moralmente aconsejable su formalización en escritura pública.

6. Bibliografía

³⁵ Vid. HERNÁNDEZ BEZANILLA, Emma del Rosario y HERNÁNDEZ BORUNDA, Luis Raúl, “REFLEXIÓN SOBRE LOS PODERES PREVENTIVOS O MANDATOS DE PROTECCIÓN”, ponencia presentada en 1º CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 10 y 11 junio de 2010.

FUENTES DOCTRINALES

1. ÁLVARES SINTES, Roberto: Medicina general integral, Volumen I, Salud y medicina, Editorial Ciencias Médicas, la Habana, 2008.
2. ARÉVALO, E. Jorge y RAJMIL, Alicia Beatriz, “Una Nueva Mirada Jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las persona” ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Comisión I: Igualdad y Capacidad Jurídica, Argentina 2010.
3. Autocuratela. Trabajo presentado por la Delegación San Isidro, obtuvo el premio en la Categoría Trabajos de Delegaciones en la XXXV Jornada Notarial Bonaerense, desarrollada en Tandil, del 7 al 10 de noviembre de 2007. <http://www.escribaniapadula.com.ar/pag/AutocurTandil07.html> consultado el día 19 de noviembre de 2009.
4. BADOSA COLL, Ferrán: “La autotutela”, en Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo, volumen II. Editorial Bosch, Barcelona, 1993, pág. 903.
5. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*. Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Editorial Heliasta, Argentina, 2008.
6. CALO, Emanuele. *Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, Ediciones La Rocca.
7. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo tercero, Editorial Reus, Madrid, 1988.
8. CREHUET DEL AMO, Diego María: *La Tutela Fiduciaria*, Editorial Reus, Madrid, 1921.
9. DIEZ AZCONEGUI, María Belén: Cómo está regulada la capacidad y la incapacidad. Archivo personal de la Msc Nileidys Torga Hernández.
10. GÓMEZ TABOADA, Jesús, “Juicio de Capacidad Notarial. Capacidad de los otorgantes y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial” en Colectivo de Autores, Derecho Notarial, Tomo II. Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2007.
11. HERNÁNDEZ BEZANILLA, EMMA DEL ROSARIO Y HERNÁNDEZ BORUNDA, LUIS RAÚL. “REFLEXIÓN SOBRE LOS PODERES PREVENTIVOS O MANDATOS DE PROTECCIÓN”, PONENCIA PRESENTADA EN EL 1º CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS, CIUDAD DE BUENOS AIRES, ARGENTINA, 10 Y 11 DE JUNIO 2010
12. LUCERO ESEVERRI, Roberto A. “Acceso al crédito vitalicio por personas con discapacidad”, ponencia presentada en 1º Congreso Internacional sobre Capacidad y Derechos Humanos, Ciudad de Buenos Aires, 10 y 11 de Junio de 2010.
13. O'CALLAGHAN, Xavier, “La declaración de incapacidad”, en *La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000.
14. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*. Libro: Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo, Editorial Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006.
15. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Ponencias presentadas por el Notariado Español-VIII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, México, Colegios Notariales de España, 1998.
16. TAIANA DE BRANDY, Nelly A. y Luis Rogelio LLÓRENS: “El Derecho de Autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión”, en Revista del Notariado, año XCVI, no. 857, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1999.

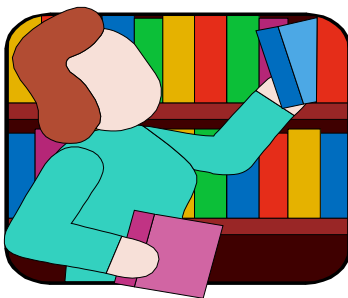
FUENTES LEGALES:

1. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad- (CIDPD-), en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid -España), ISSN 0210-8518, No 2, 2008 abril-junio.
2. Ley número 59/1987, de 16 de julio; Código Civil de la República de Cuba, en Gaceta Oficial de la República, Edición Extraordinaria, Año LXXXV, número 9, página 39, La Habana, 15 de octubre de 1987.



A LA VENTA
EN
LA LIBRERÍA
DE LA UNJC

- ◆ **Perspectiva actual del Derecho Procesal (Civil y Administrativo) en Cuba. Homenaje al Profesor Dr. Rafael Grillo Longoria. Coordinadores: Andry Matilla Correa, Juan Mendoza Díaz y Ariel Mantecón Ramos. Ediciones ONBC, La Habana 2016**
- ◆ **Estudios sobre Arbitraje en Cuba. En conmemoración de los 50 años de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional. Coordinadores: Rodolfo Dávalos Fernández y Marta Moreno Cruz. Ediciones ONBC, La Habana 2017**
- ◆ **Ley No. 116, Código de Trabajo, reglamento y disposiciones complementarias. Ministerio de Justicia de la República de Cuba, 2014**
- ◆ **Derecho del Trabajo. Su actualización ¿renovación, modernización o refundación? Guillermo Ferriol Molina. Ediciones ONBC, La Habana 2018**
- ◆ **El Derecho de Contrato en Clave Jurisprudencial. Leonardo B. Pérez Gallardo, Coordinador. Ediciones ONBC, La Habana 2017**
- ◆ **Revista Cubana de Derecho No. 50, julio-diciembre 2017. Editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba**
- ◆ **Tendencias actuales del Derecho Administrativo. Homenaje al Profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra. Coordinador: Andry Matilla Correa. Editorial UNIJURIS, La Habana 2017**
- ◆ **Luces y sombras de la reforma penal y procesal penal en Iberoamérica. Libro homenaje al Profesor Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar. Coordinador: Arnel Medina Cuenca. Editorial UNIJURIS. La Habana 2018**



LIBROS Y REVISTAS

Comentarios

- **TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. Homenaje al Profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra. Andry Matilla Correa, Coordinador. Editorial UNIJURIS, 2017.** Las nuevas generaciones del Derecho Administrativo cubano siguen teniendo en la figura del Profesor Garcini, y en su obra una fuente de inspiración y formación, cuya impronta resiste el paso del tiempo. Por ello, se ha querido rendir tributo a este destacado jurista con un libro homenaje de esta naturaleza, tal como se ha hecho ya con otras figuras del Derecho cubano que han hecho grandes aportaciones a su desarrollo, alcanzando renombre y ganándose, por derecho propio, el respeto y la admiración de la comunidad jurídica. En este libro se recogen aportaciones sobre diversos tópicos del Derecho Administrativo, desde la visión más actual del mismo dentro de la realidad cubana; mostrando así un segmento sustancial de los derroteros por los que se mueve el pensamiento jurídico-administrativo patrio, en sus inquietudes teórico-prácticas. Son estudios debidos a exponentes de diversas generaciones de profesionales del Derecho Público, que han puesto sus esfuerzos en función de esta nueva pieza bibliográfica que busca aportar algunas ideas al debate jurídico cubano actual, en especial en el campo del Derecho Administrativo, tan urgido entre nosotros de atención y de reconsideración teórica y práctica.
- **LA CRIMINALÍSTICA EN PREGUNTAS Y RESPUESTAS. Rafael Hernández de la Torre. Colección Jurídica Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2016.** La humanidad ha vivido rodeada de interrogantes desde los albores de su existencia. ¿Es la Tierra o es el Sol? ¿Es la realidad o es nuestra mente? ¿Es el ser o es el no ser? Y muchísimos seres humanos han dedicado su vida y hasta la han sacrificado por encontrar una respuesta tan necesaria como el aire. Galileo, Marie Curie, Magallanes, Cristóbal Colón.... Y todo el quehacer científico se ha dedicado a eso: a esclarecer interrogantes cada vez más acuciantes e inquietantes, cuyas objeciones ponen de cabeza ideas preconcebidas. Cada especialidad científica enfrenta nuevas realidades demoledoras de esquemas añejos que devienen inservibles. Solo pensar en el ADN y la supuesta supremacía blanca para constatar cuánto. Hay, sin embargo, una especialidad que se mueve en lo más lóbrego y sórdido del quehacer humano, que utilizar todos los conocimientos a mano para verter luz sobre hechos terribles, representantes de lo más oscuro de nuestra esencia holística: la criminalística, formada pro personas buscadoras, que no siempre encuentran, pero que han dedicado su vida a la búsqueda, movidas por lo más preclaro de la naturaleza humana:

encontrar la verdad y ayudar a aclarar hechos, motivaciones, delitos. Cuán compleja es esta actividad y cuán útil, interesante y atrayente resulta esta obra lo constatarán no solo quienes la utilizarán como referencia; lo será también para quienes la demostración de habilidades inteligencia, dedicación con el resultado final de desentrañar un delito no será solo algo interesante, sino el tranquilizador convencimiento de que el criminen no quede impune.

- **DERECHO FAMILIAR. SU EMANCIPACIÓN DEL DERECHO CIVIL.** **Jesús Alejandro Mendoza Aguirre.** Prólogo Javier Laynez Potisek. **Segunda Edición. Editorial Porrúa. México 2018.** El presente estudio responde a la necesidad de contar con una exposición actualizada y sistemática de una materia que tradicionalmente fue comprendida dentro del Derecho civil. No cabe duda de que habrá críticas que formular a los planteamientos expuestos; sin embargo, el análisis realizado por el autor es suficiente para mantener su tesis principal: El Derecho familiar es independiente. En esta obra se abordan minuciosamente las instituciones sustanciales del Derecho familiar y su particular regulación procesal, desde una perspectiva histórica hasta su regulación vigente. El autor pone especial énfasis en temas de debate actual: matrimonio igualitario, unión civil y adopción de parejas del mismo sexo. En el último capítulo, con diversos ángulos, el autor demuestra la independencia y autonomía del Derecho familiar, lo que éxito ha acontecido diversas partes de Europa, Centro y Sudamérica d incluso en algunos estados de la República, entre ellos Coahuila, donde se propuso una codificación especializada, autónoma y centrada en el núcleo fundamental de la sociedad: la familia. Quienes aborden la lectura de este libro encontrarán una herramienta actualizada de consulta que les permitirá el planteamiento de nuevas reflexiones en esta rama de la ciencia jurídica.
- ♦ ***NOTA: Estos títulos pueden ser consultados en la Biblioteca “Dr. Francisco Varona Duque Estrada”, de la Unión Nacional de Juristas de Cuba***