

UNA MIRADA A LAS INSTITUCIONES DE GUARDA Y CUIDADO. NECESARIA TRANSFORMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO*

GRISEL GALIANO MARITAN**, CLAUDIA LORENA MORFFI COLLADO***
Y HANNY NOA PÉREZ****

Resumen: La incapacidad afecta la capacidad de obrar de las personas, colocándolas en una situación especial de sujeción a ciertos mecanismos de guarda, y solo puede declararse en los casos legalmente establecidos en la ley requiriendo de un proceso previo y sentencia para tal efecto. El Código de Familia regula como instituciones tutelares la patria potestad y la tutela, sin embargo, obvia otras que son de gran importancia como la autotutela, la curatela, la patria potestad prorrogada y rehabilitada, el defensor judicial, la guarda de hecho, guarda administrativa y el acogimiento familiar. El reconocimiento de estas instituciones de guarda y cuidado en el ordenamiento familiar cubano propiciarían las vías adecuadas para la asistencia y protección de las personas incapaces, discapaces y con capacidad restringida, constituyendo un mecanismo idóneo para su participación en el mundo jurídico.

Palabras claves: guarda – protección – capacidad – incapacidad – discapacidad

Abstract: The inability affects the legal capacity of people, placing them in a special situation of subjection to legal guard mechanisms, and it can only be declared in the previously established cases in the law, requiring of a previous pro-

* Recepción del original: 30/09/2015. Aceptación: 11/02/2016.

** Licenciada en Derecho por la Universidad de Camagüey en el año 2008. Máster en Ciencias de la Educación Superior por la Universidad de Ciego de Ávila y Máster en Derecho Civil por la Universidad de la Habana. Profesora de Derecho Civil y Derecho de Familia.

*** Licenciada en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila. Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanística, carrera de Derecho de la Universidad Máximo Gómez Báez. Notaria en ejercicio.

**** Licenciada en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila, Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, carrera de Derecho de la Universidad Máximo Gómez Báez.

cess and sentences for such an effect. The Family Code regulates as legal guardian institutions the "native imperium" and it guides her. However, it ignores others institutions that are of great importance like the *autotutela*, the guardianship, the native continued imperium and rehabilitated, the judicial defender, the *de facto* guard, administrative keeps and the family *acogimiento*. The recognition of legal guard institutions and care in the Cuban family classification would provide the appropriate roads for the attendance and unable people's protection, discapaces and with restricted capacity, constituting a suitable mechanism for their participation in the juridical world.

Key words: guard – protection – capacity – inability – disability

I. BREVES CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La protección de las personas que por su edad o por razón de incapacidad no puedan actuar de forma prudente ni manifestar su voluntad inequívocamente en el mundo jurídico, se ha convertido en un tema esencial para todas las sociedades y en particular para la nuestra, donde es prioridad del Estado garantizar la salvaguarda de estas personas como centro de atención y estudio del Derecho Civil.

La legislación familiar cubana, consecuentemente con las transformaciones de la Revolución en el ámbito familiar, ha evolucionado en las actuales concepciones de las instituciones tutelares, ya sea en su reformulación, o en la aparición de nuevos mecanismos de protección jurídica, en aras de ampliar el abanico de posibilidades que el Derecho ofrece a estas personas como manifestación de la autonomía de la voluntad, pero siempre teniendo en cuenta las limitaciones que padecen para realizar con eficacia todo tipo de acto jurídico, dígase civil o familiar.

Precisamente al estudio de las instituciones tuitivas se dedicará la presente investigación en la que se analizarán aquellas que son reguladas en nuestro Código de Familia y otras que no se prevén, pero que constituyen un aspecto importante aún sin resolver en nuestro ordenamiento jurídico familiar para brindar una efectiva protección y tutela jurídica a los que la necesiten.

II. LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA COMO ÚNICAS INSTITUCIONES DE GUARDA RECONOCIDAS EN CUBA

Una vez que se declara la incapacidad, ya sea total o parcial de un individuo mediante sentencia judicial, posteriormente se debe nombrar a la persona que lo va a representar o, en su caso, asistir en aquellos actos del ámbito jurídico, los cuales por razón de su incapacidad no puedan realizar por sí solo.

Nuestra ley sustantiva familiar solo regula como instituciones tuitivas la patria potestad para el caso de los menores de edad y en su defecto, la tutela como institución de guarda y cuidado para los mayores de edad declarados judicialmente incapaces.

II.1. La patria potestad

En la actualidad, los poderes de la patria potestad no son tan absolutos ni tan arcaicos como en la antigüedad, existiendo una evolución que ha determinado la modificación de su naturaleza jurídica en el ordenamiento jurídico actual, pues ha pasado de ser un derecho absoluto del padre, tal y como se concebía en el Derecho Romano primitivo y en la redacción de nuestro Código de Familia, a configurarse como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir los deberes y obligaciones que la ley les impone a ambos padres.

El Código de Familia cubano al regular la patria potestad establece el interés del estado socialista de que ambos padres, cualquiera que sea su estado conyugal, cumplan los deberes que tienen respecto a sus hijos menores y los enseñen, teniendo en cuenta los valores y normas de convivencia de la moralidad socialista.¹ De su propia naturaleza se deriva su carácter de situación de deber, la cual no puede ser declinada voluntariamente o admitir renuncia o sustitución.

1. Los derechos y deberes de los padres están contenidos en el Artículo 85 del Código de Familia, que relaciona una serie de obligaciones de los padres, no solo en el orden de cuidado, protección y alimentación de los hijos, sino en cuanto a su educación política ideológica, a la administración de sus bienes y la representación legal del menor, dichos deberes y derechos no son simples postulados morales, quien los incumple puede dar lugar a sanciones penales. *Vid.* Artículo 85 del Código de Familia.

En el ejercicio de la patria potestad intervienen como sujetos especiales los padres y los hijos, siendo la titularidad compartida para ambos. Visto así, Zayas Rodríguez² alega que la patria potestad no se encuentra vinculada al padre con menosprecio de la madre, a *contrariis* se ejerce conjuntamente por uno y otro.

En el contenido de la patria potestad se consideran dos aspectos esenciales, el personal y el patrimonial. La esfera personal comprende los deberes y facultades de los progenitores en relación al cuidado y protección de la persona del hijo, mientras que en el ámbito patrimonial se encuentran los actos de administración y disposición de sus bienes.

Los tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso, podrán privar a ambos padres,³ o a uno de ellos, de la patria potestad además de suspenderlos el ejercicio de la misma mediante sentencia dictada, en proceso promovido a instancia del otro o del fiscal, siempre que uno o ambos padres realicen un incumplimiento según lo regulado en el artículo 95 del Código de Familia.⁴

Respecto a la naturaleza jurídica de la patria potestad, podemos decir que para nuestro Código de Familia está basada en consideraciones ideológicas, políticas y éticas, donde se vinculan las relaciones personales y patrimoniales que, en cualquier supuesto, se intentan subordinar al interés y beneficio de los hijos, por lo que esta materia es eminentemente social.

Si atendemos el criterio de Lacruz Berdejo sobre los caracteres distintivos del ordenamiento público y privado, no caben dudas que la patria potestad tiene un relevante interés público. La legislación española consi-

2. ZAYAS RODRÍGUEZ, R., *Derechos de la mujer casada, legislación y jurisprudencia*, Trinidad, Editorial Tipografía Venus, p. 44.

3. La Sentencia N° 5 de marzo de 1998 del Tribunal Supremo de España, considera que es motivo determinante de la privación de la patria potestad: "*el hecho de que el padre jamás se haya preocupado o velado por la situación de su hija y desde su nacimiento en 1988 hasta 1991 no haya satisfecho cantidad alguna para su sustento, y cuando lo hizo fue obligado por Sentencias de Tribunales*".

4. El artículo 95 del Código de Familia regula que se le suspende o se le priva de la patria potestad a uno o ambos padres cuando: "a) incumplan gravemente los deberes previstos en el artículo 85; b) cuando induzca al hijo a ejecutar algún acto delictivo; c) abandone el territorio nacional y, por tanto a sus hijos, d) cuando observen una conducta viciosa, corruptora, delictiva, o peligrosa, que resulte incompatible con el debido ejercicio de la patria potestad; e) cometan delito contra la persona del hijo".

dera que la naturaleza jurídica de la patria potestad constituye un derecho social, imprescriptible e indisponible.⁵

Por lo antes expuesto podemos afirmar que la patria potestad es una institución natural del Derecho de Familia, como el poder global que la ley otorga a los padres sobre sus hijos; su nacimiento no se debe al matrimonio, sino a la filiación que provoca automáticamente en los progenitores asumir un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos.

La patria potestad concluye por arribar el hijo a la mayoría de edad,⁶ no haciéndose una adecuada distinción con respecto a la capacidad de que puede disponer la persona para continuar su vida, despojando una institución de tanta importancia para la familia y a su vez para la sociedad.

Si analizamos su regulación en el Derecho comparado nos percatamos que es una institución universal que se regula en todos los Códigos Civiles, para solo citar algunos ejemplos encontramos el Código Civil de Nicaragua, Francia y España, el primero establece en su artículo 244 que a los padres le compete dirigir las personas de sus hijos menores protegerlos y administrar sus bienes. El segundo regula en el artículo 389 que si la patria potestad fuera ejercida conjuntamente por los padres, estos serán los administradores legales y en su posterior articulado preceptúa que la administración legal es pura y simple cuando los dos padres ejercen conjuntamente la patria potestad. El Código Civil Español por su parte conceptualiza a la patria potestad en el artículo 154 estableciendo los deberes y las facultades que les corresponden a ambos padres.

5. VELAZCO MUGARRRA, M., *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, La Habana, Ediciones ONBJ, 2006, p. 24. El Código Civil Español en sus artículos del 154 al 163 regula lo concerniente a las relaciones paternas filiales.

6. El artículo 92 del Código de Familia regula que la patria potestad se extingue por la muerte de los padres o del hijo; por el matrimonio del hijo que no ha alcanzado la mayoría de edad, por arribar el hijo a la mayoría de edad o por la adopción del hijo.

II.2. La tutela. Análisis conceptual

El concepto de tutela aparece en el Derecho Romano⁷ y fue definido por el jurisconsulto Servio Sulpicio Rufo, conceptualizando la tutela como aquel poder sobre una cabeza libre, dado y permitido por el Derecho Civil para proteger al que por motivo de edad no pudiera defenderse por sí mismo. La tutela supone la existencia de un incapaz que, a su vez, es *sui iuris*, pues de serlo *alieni* estaba completada su incapacidad.

La palabra tutela se deriva del vocablo latino *tueor* que significa defender o proteger, acepción etimológica que a nuestro entender no se encuentra distanciada de su equivalente jurídico pues la tutela resultaría ser una potestad otorgada por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad no sujetos a patria potestad y los incapacitados de obrar.

Para Lacruz Berdejo⁸ es la institución jurídica que se confiere a un ciudadano en la plenitud de sus derechos para que ejerza a favor del menor de edad no sujeto a patria potestad, o del mayor de edad declarado judicialmente incapacitado, el cuidado, protección, representación y administración de sus bienes. Mediante ella se establece una relación cuasi familiar (similar a las parentales) entre tutor y tutelado.

En nuestra opinión, la tutela es la potestad que por mandato legal se le otorga a una persona capaz, en beneficio de otra declarada judicialmente incapaz, o de un menor de edad, para dirigir, educar, cuidar su integridad física, moral, además de representarlo en los actos civiles y administrar sus bienes como remedio de la incapacidad que presentan. Su regulación está prevista en los artículos del 137 al 166 del Código de Familia cubano.

7. En el Derecho Romano existía la tutela de los impúberes y tutela perpetua de la mujer. En el caso de la tutela de los impúberes se designaba por un testador, por la ley o un por el magistrado, por razón de lo cual la tutela se consideraba testamentaria, legítima en el segundo caso y dativa el tercero. En el caso de la mujer la tutela se ejercía para completar su capacidad cuando efectuaba actos fundamentalmente económicos, pero incluso, esto fue limitado con el tiempo. Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *et. al*, *Manual de Derecho Romano*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1982, pp. 83 y ss.

8. LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.*, *Derecho de Familia*, Barcelona, José María Bosch Ed., 1997, p. 487.

II.3. De las clases de tutela

La doctrina reconoce varias clases de tutela, sin embargo, el Código de Familia cubano al definir dicha institución, estableció un solo tipo de tutela.⁹ No obstante, resulta necesario un estudio pormenorizado de cada una de ellas desde el punto de vista doctrinal por su trascendental importancia a fin de lograr su posterior inclusión en nuestra normativa familiar vigente. En ese sentido se reconoce la tutela testamentaria, la tutela legal, la tutela dativa, la tutela general y la tutela especial, todas las cuales trataremos *a posteriori*:

I. La Tutela testamentaria es la que viene instituida por testamento, es decir, en ella la delación¹⁰ ocurre por la existencia de un testamento en el que los padres del menor incapacitado o las personas que han dejado al pupilo herencia o legado de importancia les nombran tutor, y en la misma se admiten también las disposiciones sobre el órgano que fiscalizará la tutela y las personas que lo integrarán.

En el anteproyecto del Código de Familia se incluye este tipo de tutela, cumpliendo ciertos requisitos, tales como que el tribunal verifique que la persona señalada reúna los requisitos necesarios para ser tutor. Se considera importante que el Tribunal tome en cuenta la posición de la persona y que resuelva lo que proceda de acuerdo con el resultado de su verificación.

II. La tutela legal: En este caso si los padres no hubiesen elegido tutor, o el designado no fuera confirmado por el juez, o posteriormente falleciera o fuera removido del cargo, el juez deberá nombrar a alguno de los parientes, o sea, los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexo.

El artículo 216 del mencionado anteproyecto del Código de familia reconoce la tutela legal como la que ejercen los directores de los centros asistenciales de educación frente a los internos en dichos centros y el alcance que esta tiene.

9. Según expresa PERAL COLLADO se reconoce la tutela de la autoridad, pues el Tribunal es el encargado de designar el tutor. *Cfr.* PERAL COLLADO, D., *Derecho de Familia*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1980, p.123.

10. Cuando hablamos de delación, no lo hacemos en el sentido del llamamiento efectivo que hace el órgano encargado de la constitución de la tutela, ya sea el tribunal, el consejo de familia u otro, sino en el sentido de vocación o llamamiento en potencia.

III. La Tutela dativa aparece cuando no existe tutor nombrado por testamento o vía notarial, ni de los designados por ley; en consecuencia, la necesidad de amparar y proteger al menor o incapacitado hace que determinado órgano (judicial, administrativo o familiar en dependencia del sistema tutelar imperante) sea el encargado de designar a la persona que ha de ocupar el cargo. Son rasgos de esta clase de tutela que es subsidiaria de la testamentaria y de la legítima, que puede recaer en cualquier persona idónea, aun cuando al pupilo no la una lazo de parentesco alguno.

IV. La tutela general es aquella que se ejerce sobre la persona de los menores de edad no sujetos a la patria potestad de sus padres y sobre los mayores de edad incapacitados y los bienes de ambos. Puede tener su origen en una disposición paterna de última voluntad, en la ley o en la decisión del juez.

V. La tutela especial se confiere en situaciones excepcionales y resulta similar en algunas funciones al conocido cargo de protutor, no se encarga el tutor especial del cuidado de la persona del pupilo, sino que interviene para la representación del mismo en determinados juicios o procesos. Además, cuando existen intereses contrapuestos entre el tutor y el tutelado, o cuando se prive al representante legal de la administración de determinados bienes de su pupilo, por ello puede coincidir con el ejercicio de una tutela general o de la propia patria potestad.¹¹

II.3.1. Sobre la regulación de la tutela en el Código de Familia cubano

Al establecerse el régimen de tutela al incapaz, se le designa un tutor encargado de conducir, guiar, atender y regir los bienes que integran el patrimonio, incluso responder de los actos cometidos por el incapaz,¹²

11. DÍAZ MAGRANS, M. M., *La Tutela. Posibilidad de una mayor intervención notarial*, tesis presentada para optar por el título de Especialista en Derecho Notarial, bajo la tutoría de CORZO GONZÁLEZ, L., Universidad de la Habana, 2007, p. 10.

12. El Código de Familia regula en su artículo 153 que el tutor está obligado una vez que se le designe el cargo de cuidar de los alimentos del tutelado y de su educación si es menor de edad, en el caso del tutelado incapaz, procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad, hacer el inventario de los bienes del menor o del incapacitado y presentarlo al Tribunal en el término que este fije y de forma diligente administrar el patrimonio que corresponda al menor de edad o al incapacitado, además de solicitar oportunamente la au-

por lo que se establece entre el incapaz y el tutor una relación jurídica familiar.

La tutela de los menores de edad, es regulada en el artículo 145 del Código de Familia,¹³ el cual refiere que: "El tribunal citará a los parientes de este hasta el tercer grado, que residan dentro su demarcación o en la de otro de la misma ciudad o población en que tenga sede, a fin de celebrar una comparecencia en la que oír a los parientes que asistan y al menor si tuviera más de siete años. Se tendrá en cuenta la preferencia manifestada por el menor y la opinión de sus parientes. La tutela de un mayor le otorga al tutor la autoridad y responsabilidad legal de tomar decisiones en nombre de su tutelado".¹⁴

El Código de Familia cubano regula en su artículo 137 que la tutela se constituye judicialmente y tiene por objetivo:

I. La guarda y cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad que no estén bajo patria potestad.

II. La defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapaces.

El tutor representa al menor de edad o al mayor de edad incapacitado en todos los actos civiles o administrativos, excepto en aquellos que por disposición expresa de la ley el tutelado puede ejecutar por sí mismo. Los artículos 146 y 149 del citado Código establecen los requisitos para ser designado tutor de un menor de edad o de un incapacitado respectivamente.¹⁵

torización del Tribunal para los actos necesarios que se pueda realizar sin ella. *Vid.* Artículo 153 del Código de Familia cubano.

13. En caso de no poder designar tutor el Tribunal decidirá guiándose por lo que resulte más beneficioso para el niño. *Vid.* Artículo 145 apartado 2, Código de Familia cubano. Los requerimientos para ser designado tutor de un menor de edad se encuentran regulados en el artículo 146 del Código de Familia citado.

14. Según lo que establece el artículo 148 del Código de Familia cubano, la tutela del mayor declarado incapacitado "corresponderá por su orden: al cónyuge; a uno de los padres; a uno de los hijos; a uno de los abuelos y a uno de los hermanos".

15. El Código de Familia cubano en su artículo 146 regula que para ser designado tutor de un menor de edad, "se requerirá: ser mayor de edad y estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos; tener ingresos suficientes para sufragar los gastos del menor en cuanto sea necesario; no tener antecedentes penales por delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud, ni por otros que a juicio

Nuestra ley sustantiva familiar establece, sin dudas, un sistema tutelar de autoridad judicial, significa que tanto la tutela de los menores de edad como de los mayores declarados judicialmente incapaces se constituye por el Tribunal competente, en este caso el Tribunal Municipal del lugar en que reside el tutelando.¹⁶

El tutor está obligado cada año a informarle al tribunal competente la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta de su administración. Los preceptos de nuestra normativa familiar no imponen a los padres la obligación de rendir cuenta como administradores de los bienes de los hijos. Sin embargo, en nuestro país, cualquier control que se realice sobre la actuación de los padres solo tiene como punto de referencia el interés superior del menor, tal y como se regula en la Convención de los Derechos del Niño, específicamente en su artículo 3.¹⁷

del Tribunal inhabiliten para ser tutor; gozar de buen concepto público y ser ciudadano cubano". El artículo 149 del Código de Familia preceptúa que para ser designado tutor de un incapacitado "se requerirá: ser mayor de edad y estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos; no tener antecedentes penales por delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud, ni por otros que a juicio del Tribunal inhabiliten para ser tutor; gozar de buen concepto público; ser ciudadano cubano y no tener intereses antagónicos con el incapacitado".

16. GALIANO MARITÁN, G., "La autotutela como mecanismo de autoprotección ante una eventual incapacidad. Breves razones para su admisibilidad en nuestro texto sustantivo familiar", en *Revista Ambiente Jurídico*, nro. 14, Caldas, Universidad de Manizales, 2012, p. 5.

17. La niñez y la adolescencia constituyen un sector muy importante para el Estado cubano, es por ello que nuestro país defendió desde muy temprano los principios y postulados de la Convención de los Derechos del Niño, firmando este Convenio Jurídico el 26 de enero de 1990 y ratificándola el 21 de agosto de 1991. La protección a la infancia y la adolescencia en Cuba se rige por el principio "No hay nada más importante que un niño o niña". Tesis defendida por GALIANO MARITAN, G., "La Convención de los derechos del niño como cuerpo jurídico protector de la infancia. Sentido y Alcance", en *Revista Jurídica del Ministerio de Justicia, Tercera época*, año 2, nro. 4, julio-diciembre, La Habana, 2009, p. 35. Según la Sentencia No. 55 de 31 de enero de 2006 de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba, en su Segundo Considerando, siendo Ponente ACOSTA RICART establece que: "los derechos también refrendados en la Convención de los Derechos del Niño, constituyen muestra de consenso internacional que reprueba conductas abusivas, y constituye una fuente jurídica fundamental dirigida a promover las normas y mecanismos indispensables para asegurar y defender los derechos de la infancia, así vemos como en efecto en nuestro caso tiene rango constitucional la obligación de los padres en la formación y educación de sus hijos, lo cual debe comprender la formación de valores, dentro de los que ha de

Es plausible señalar que el objeto de la tutela en el ordenamiento jurídico familiar es la protección de la persona, en este caso, de aquella judicialmente declarada incapacitada. Por ello, uno de los deberes que el propio legislador le impone al tutor es el de procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad,¹⁸ en la medida en que ello sea posible, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la persona sometida a tutela.

El cargo de tutor es obligatorio para la persona designada por la ley, pero el Código de Familia establece causas específicas que pueden ser justificantes para la dispensa inicial del cargo o para la renuncia posterior. El cargo de tutor no es conferido a cualquier persona que lo desee, pero luego de asumido no puede renunciarse a él con la excepción de que surja alguna causa legítima debidamente justificada a juicio del tribunal que conozca del asunto.¹⁹

encontrarse en lugar cimero el amor a la familia, pues la familia es la célula fundamental y natural de la sociedad, a la que se le atribuyen responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones”.

18. Un caso interesante en que la tutora se oponía a promover ante el tribunal el proceso dirigido al restablecimiento de la capacidad de su pupilo, fue conocido por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, en vía casacional y fallado por Sentencia N° 546 de 17 de mayo del 2001, Único Considerando, ponente ARREDONDO SUÁREZ, ante lo cual, dispuso que frente a la negativa del tutor, con lo cual incumplía los deberes que el ejercicio de la tutela le impone, tal función le compete entonces al fiscal, en tanto “es terminante el texto del artículo sesenta del Código Civil vigente al conferir al Fiscal la representación de aquella persona cuyo representante legal tenga un interés opuesto al suyo propio, como en el presente asunto acontece en que la recurrente se opone a que se declare la recuperación de la capacidad de su tutelada, y, si bien es cierto que el artículo ciento cincuenta y nueve del Código de Familia estipula la forma en que se ha de proceder en el caso de que el tutor designado incumpliese las obligaciones que le impone el artículo ciento cincuenta y tres del propio cuerpo legal, no lo es menos que ello no impide ni contradice el ejercicio de la antes expresada facultad de representación que legítima al Fiscal para instar le sea restituida la capacidad jurídica a la declarada incapacitada, máxime si se tiene en cuenta que es este el objeto del proceso y no la remoción de la tutora que ha incumplido sus deberes...” en PÉREZ GALLARDO, L., “La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el Derecho cubano? (A propósito de la Sentencia N° 120 de 30 de septiembre del 2008 de la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana)”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, año 1, nro. 2, Rosario, 2009, p. 5.

19. Una vez que se establece la tutela, esta tiene función personalísima e inexcusable, por ser la tutela un cargo personal, que no pasa a los herederos, y del cual nadie puede excusarse

Al detectarse la impericia del tutor con independencia de la causa, aunque sea por imposibilidad, debe ser comunicada tal situación al Ministerio Fiscal con el objetivo de que este valore la situación y promueva, en su caso, un procedimiento para el cambio de tutor. Puede finalizar el mencionado cargo por causas de inhabilidad surgidas luego de su nombramiento o por remoción de la tutela.²⁰

La tutela concluye por arribar el menor a la mayoría de edad, contraer matrimonio o por ser adoptado, por haber cesado la causa que la motivó o cuando se trate de incapacitado y por fallecimiento del tutelado.²¹

III. BREVE ACERCAMIENTO A OTRAS INSTITUCIONES DE GUARDA Y CUIDADO

Uno de los retos de nuestro ordenamiento jurídico consiste en prever los cauces adecuados para la protección y asistencia de los incapaces, discapaces y personas dependientes.²² Por ese motivo, y ante la ausencia en nuestra legislación familiar de figuras tradicionales de asistencia y protección, se hace necesario la inclusión de instituciones tutelares como la curatela, la patria potestad prorrogada, la rehabilitación de la patria potestad, el acogimiento familiar o el defensor *ad litem*, además de la autotutela y la autocuratela.

En ese sentido, será necesario realizar un estudio sobre el objeto y naturaleza de cada una de estas instituciones de guarda y protección en aras de lograr su adecuada aplicación atendiendo a las características específicas de cada caso en particular.

sin causa suficiente. De todos modos, el juez puede analizar la excusa que presente el designado tutor, y admitirla si encuentra que sería inconveniente para el menor esa designación. Es una función que debe ser ejercida personalmente. *Cfr.* BOSSERT, G. A., y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta. ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 594.

20. El Código de Familia cubano en su artículo 159 preceptúa que si durante el ejercicio de la tutela, el tutor "hubiera dejado de reunir los requisitos exigidos por este Código para su designación, o cuando incumpliere las obligaciones que le vienen impuestas, el tribunal de oficio o a instancia del fiscal, dispondrá su remoción".

21. *Vid.* Artículo 160 del Código de Familia cubano.

22. PEREÑA VICENTE, M., "La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?", en *La Ley*, año XXVIII, nro. 6665, 6 de marzo de 2007, pp. 1-6.

III.1. La curatela. Análisis de su contenido

La curatela es una institución jurídica que ha sido objeto de estudio por diversos estudios e investigadores del Derecho Civil y de Familia, por lo que es difícil acotarla en una definición que incluya todos los matices. Para Pérez Gallardo²³ consiste en la asistencia tutelar que se distingue de la tutela por la delimitación de su cometido o porque el sujeto a curatela no carece de capacidad. Su fin es la asistencia de las personas para actos que puede realizar *per se*, pero con el complemento del curador.

Álvarez Tabio²⁴ la define como la institución de guarda en el ámbito del Derecho de Familia que ampara situaciones pasajeras, accidentales, más o menos temporales y circunstanciales; destinada a actos singulares para los que se requiere un complemento de capacidad a quienes la poseen, pero con carácter limitado o insuficiente.

El régimen jurídico que la caracteriza será de asistencia o vigilancia, de protección a cada caso concreto, atendiendo a la intensidad de la deficiencia que afecta la capacidad de obrar, y que por consiguiente necesita de ser completada, predominantemente en el ámbito patrimonial, pero no necesariamente restringido a él. En este sentido, Guilarte Martín²⁵ alega que es una institución tutelar de carácter estable que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto, de un curador que completará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o en la sentencia.

En sede de incapacitación, la curatela presenta grandes ventajas en la protección de aquellas personas que padecen enfermedades mentales de carácter cíclico, retraso mental simple, alguna debilidad mental o limitación física como consecuencia de la avanzada edad, trastornos cerebrales y medulares provocados por cualquier tipo de accidentes, el Alzheimer, depresiones graves, esquizofrenias, trastornos bipolares, consumo de alcohol, trastornos obsesivos compulsivos, o alguna minusvalía de carácter persistente que, en todo caso, impida a la persona gobernarse plenamente por sí misma. La curatela como institución tuitiva no ha sido regulada en

23. PÉREZ GALLARDO, L., *ob. cit.*, p. 34.

24. ÁLVAREZ TABÍO, A. M., "La Curatela y Discapacidad", en *IV Conferencia de Derecho de Familia*, 2006. p. 4.

25. GUILARTE MARTÍN, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 113.

nuestro Derecho familiar, pero la propuesta de su inclusión está contenida en el Proyecto de Modificación del Código de Familia debido a la necesidad de restablecer la misma como institución de guarda a las personas discapacitadas en situación de capacidad restringida, además de otros sujetos como los menores contemplados en el inciso a) del propio artículo 30 del Código Civil.²⁶

Al igual que la tutela, la curatela está dirigida a salvaguardar los intereses de personas que tienen limitada su capacidad de obrar por alguna circunstancia; se diferencia de la tutela porque su ámbito de aplicación es mucho más restringido, persiguiendo integrar, completar la capacidad de quienes, aun siendo capaces, necesitan ser vigilados, controlados, aconsejados o asistidos para concluir determinados actos jurídicos patrimoniales.

En el Derecho comparado la mencionada institución es regulada en varios Códigos Civiles, por ejemplo, en el Código Civil de España, Argentina, Chile, entre otros. El primero establece en el artículo 286 que están sujetos a la curatela los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley, los que obtuvieron el beneficio de la mayoría de edad y los declarados pródigos. El Código Civil de Argentina en su artículo 43 regula que se da curador al mayor de edad que lo necesite para que se le facilite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general y el Código Civil de Chile preceptúa en su artículo 342 que están sujetos a curaduría general los menores adultos; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes; y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

A pesar de la importancia que en sede de discapacidad adquiere la curatela, nuestra ley sustantiva familiar no la preceptúa, lo que trae como consecuencia que las personas afectadas con estas limitaciones carezcan de los mecanismos necesarios para completar su deficiente capacidad, o de tener quienes de hecho asuman las funciones propias de un curador, por

26. Según la Sentencia N° 23 de diciembre de 1997 del Tribunal Supremo de España establece: "el pródigo queda sujeto a la curatela y no es un incapacitado total sino que queda restringida su capacidad, como incapacitado parcial, en el sentido en que precisa el complemento de capacidad ("asistencia", "intervención", "consentimiento" según terminología del código) que le otorga el curador: la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los pródigos no puedan realizar por sí solos, y tales actos son los que haya determinado la Sentencia".

ello, resulta ineludible la introducción de preceptos que regulen la curatela para complementar la capacidad de aquellos que la tienen disminuida por razón de su capacidad restringida o discapacidad, sustentadas por la edad o enfermedad.

Resulta necesario cambiar el tratamiento y la concepción jurídica de dicha institución, adecuándola a los acaecimientos que impone el progreso de la vida social, familiar y personal, con el propósito de obtener su inserción en el Código de Familia, en *pos* de suplantar ciertas deficiencias en la capacidad de una persona para la realización de determinados actos o desenvolver ciertas relaciones de su vida jurídico-civil.

III.2. La tutela y la curatela. Principales diferencias

La tutela y la curatela al ser instituciones jurídicas de guarda y protección familiar guardan estrecha similitud, pero de su contenido se desprenden marcadas diferencias que no podemos desdeñar en esta investigación, las que marcan patrones distintos a la hora de determinar su aplicación en uno u otro supuesto de la vida jurídica y familiar.

En primer lugar, en la tutela está implícita la cooperación del tutor en la celebración de actos jurídicos, a la cual podría ir unido la *gestio*, pero sin que ella fuera necesaria; mientras que en la curatela, la *gestio* o administración de los bienes y celebración de actos jurídicos en nombre y sin intervención del pupilo es esencial.²⁷ La curatela es una institución complementaria de la tutela, no tiene por finalidad la guarda de la persona, ni siquiera de los bienes, sino tan solo la función de complemento de la capacidad de obrar de quienes carecen de ella y no están sometidos al régimen de patria potestad.

En la curatela no es necesario suplir la capacidad del cuartelado como en la tutela, sino complementarla transitoriamente y para los actos legales que se requiera por ley. Su aplicación es mucho más restringida que la de la tutela, pues no se utiliza a los fines de ejercer vigilancia y cuidado general sobre el necesitado.

En la tutela existe infalible representación legal, cuyas facultades es-

27. GALIANO MARITAN, G., "La tutela y la curatela. Propositiones de *lege referenda* en el ámbito civil y familiar cubano", en *Derecho y Cambio Social*, nro. 29, Lima, 2012, pp. 4 y 5. Consultado en: http://www.derechocambiosocial.com/revista029/tutela_y_curatela.pdf.

tán previstas en la ley, sin embargo en la curatela no existe ni se precisa representación legal, al estar limitada su esfera de actuación en sentido general por la ley, y específicamente, por el juez en su sentencia, su función es esencialmente de control y asistencia de las personas para actos que puede realizar por sí, pero con el complemento del curador.²⁸

III.3. Guarda administrativa y guarda de hecho

La guarda administrativa o mera guarda, como también se la denomina,²⁹ es una institución de protección que tiene a su cargo el cuidado y la protección de los incapaces, es un recurso inminente y breve, exclusivo de la administración. Su objetivo fundamental es reinsertar al incapaz, esencialmente a los menores dentro de la propia familia o en otra distinta mediante el amparo o la adopción.

Esta forma de guarda legal deberá comprender tanto la custodia, como la alimentación, vestido, instrucción mínima y en sentido general todo el cuidado que precise el incapaz, el contenido básico de la mera guarda será el correspondiente al contenido personal de la patria potestad y la tutela.

En nuestro país se incluye dentro de la tutela la guarda administrativa,³⁰ no regulada en el derecho positivo cubano, donde la entidad pública asume

28. GALIANO MARITAN, G., "La tutela. Valoraciones sobre su regulación jurídica y aplicación en el ordenamiento familiar cubano", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, nro. abril de 2012, revista digital disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/ggm.pdf>.

29. Esta institución se recoge en el artículo 147 del Código de Familia cubano preceptuando que "los directores de los establecimientos asistenciales o de los centros de educación o reeducación, y los jefes de las unidades militares o paramilitares, serán los tutores de los menores que vivan en dichos establecimientos, o que pertenezcan a dichas unidades y no estén sujetos a patria potestad o tutela, con las mismas atribuciones que ofrece el artículo 85 con respecto a la patria potestad".

30. La Ley española sí reconoce la guarda administrativa como institución de protección y cuidado a los incapacitados en el artículo 172, Código Civil español, estableciendo que: "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada a la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando de forma legal a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. [...] en el momento de la notificación, siempre que sea posible, se les informará de forma presencial, de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada".

el cuidado del menor como ocurre en nuestros círculos infantiles mixtos y hogares de niños sin amparo filial para dar solución de urgencia y con carácter temporal a aquellos menores en situación de desamparo.

Los círculos mixtos son instituciones que atienden a niños externos y también a aquellos que requieren régimen de internado por incapacidad de los padres física o mental, con el objetivo de educarlos y garantizar su normal desarrollo. Los hogares de niños sin amparo filial son centros de asistencia social donde se les proporciona a los niños, adolescentes y jóvenes condiciones de vida semejantes a las de un hogar. Las causas fundamentales del ingreso a estos centros es por ser huérfanos o abandonados. El gobierno cubano prioriza la atención a niños, adolescentes y jóvenes sin amparo filial, proporcionándoles educación, alimentación, atención médica e incorporándolos posteriormente a la sociedad una vez que arriban a la mayoría edad.

El Proyecto del Código de Familia cubano instituye otra figura de protección para el discapacitado: la guarda de hecho,³¹ la que servirá para normalizar la situación de personas que atienden a los discapacitados sin que se les haya concedido la tutela, interponiendo en su interés, aunque no en su nombre, los actos jurídicos que les favorezcan.

Para Jiménez Muñoz³² la guarda de hecho es aquella situación en que una persona se ocupa voluntariamente y sin formalidades legales de los asuntos de un menor o incapacitado en situación de desamparo, o de una persona que por sus circunstancias personales puede ser sometido a incapacitación. Se caracteriza por ser una institución fáctica, sobrevenida y transitoria. Es fáctica porque su finalidad es el cuidado y protección de la persona del guardado, lo que persigue no es el interés de quien ejerce la

31. La guarda de hecho tiene su antecedente en la Ley de Seguridad Social, Ley No. 24 de 28 de agosto de 1979, la cual regula todo lo relacionado con la atención y cuidados básicos de carácter personal, doméstico y social en su propio domicilio a aquellas personas cuya discapacidad le impide un desempeño normal en las actividades de su vida diaria. El Código Civil de Cataluña en su artículo 225.1 define al guardador de hecho como "la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen".

32. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., "Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés", en SALAS MURILLO, S. (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 623-650, p. 624.

guarda, sino de la persona que está sometido a ella, generando consecuencias jurídicas. Es sobrevenida porque el estado de la guarda disciplina situaciones ya existentes, realidades que se desarrollan previamente y sobre las cuales recaerán las normas correspondientes. La transitoriedad consiste en que la guarda opera mientras no se constituyan los cargos tutelares.

En la guarda de hecho se pueden presentar diferentes supuestos, el primero cuando alguien careciendo de potestad legal sobre un menor, persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto a ellos, algunas de las instituciones tutelares o se hubiere encargado de su custodia y de la administración de su patrimonio y gestión de intereses. El segundo supuesto cuando estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por inhabilidad legal, el tercero cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales y por último, cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él.³³

La mencionada institución en algunos actos es bilateral, y en otros unilateral. Es bilateral cuando los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercero tenga a su hijo en guarda de hecho, sin embargo, resulta unilateral cuando ante un menor abandonado, una persona lo acoge en guarda de hecho y ejercita respecto de él alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se encarga de su custodia y protección de su patrimonio.

En nuestra opinión, la guarda de hecho es una institución jurídica, en la cual una persona voluntariamente y sin formalidades legales tiene a su cargo el cuidado y la protección de personas que aun siendo incapaces no han sido declaradas judicialmente, sin embargo, necesitan del cuidado y la representación de otro que no es su tutor legal, pero cumple funciones tuitivas.

III.4. El defensor judicial

El defensor judicial es un instituto de guarda que se caracteriza por su actuación provisional y transitoria. Su cometido es representar, o en su caso, asistir al incapaz en situaciones que no pueden hacerlo sus progeni-

33. ROGEL VIDE, C., "Sobre la guarda de hecho", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 2003, nro. 4, Editorial Reus, p. 579.

tores, el tutor o el curador, o cuando estos no existen. La persona que va desempeñar dicho cargo es elegida por un juez para realizar las funciones de amparo y representación de quienes lo necesitan.³⁴

Los supuestos en los cuales se puede nombrar defensor judicial son los siguientes:

En primer lugar cuando exista conflicto de intereses entre el incapacitado y sus representantes legales o el curador, en segundo lugar cuando el tutor, o el curador, haya sido destituido de su cargo, mientras se nombra a otra persona para desempeñarlo; en tercer lugar cuando el tutor o el curador haya alegado alguna causa de excusa para no seguir ejerciendo la guarda, mientras se nombra a otra persona que lo sustituya, y por último, y no por ello menos importante, cuando durante el proceso judicial de incapacitación, el Ministerio Fiscal actuara como defensor judicial del presunto incapaz asumiendo su representación y defensa. Si es el Ministerio Fiscal el que inicia el procedimiento, se nombrará un defensor judicial al presunto incapaz que le represente en el juicio y asuma su defensa.³⁵

El Código Civil español con la tramitación parlamentaria de la ley el Grupo Parlamentario Mixto y el Partido Comunista, presentó la enmienda 32 que incluía un cuarto supuesto: "... cuando la imposibilidad de la persona de gobernarse por sí misma derive de anomalía mental o psíquica que previsiblemente no tenga carácter persistente, buscando la protección de personas aquejadas de coma u otra enfermedad que de momento, les impide manifestar su voluntad sobre su persona o bienes", modificación que no prosperó, y que persigue una finalidad similar a la salvaguarda judicial existente en el Derecho Francés.

Según Albaladejo,³⁶ recibe el nombre de defensor porque defiende al guardado, y judicial porque lo nombra el juez, es un cargo transitorio, de

34. El Código Civil español en su artículo 299 regula la figura del defensor judicial. *Vid* Artículo 299 del Código Civil Español. La sentencia 10 de marzo de 1994 del Tribunal Supremo de España establece: "el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el Juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa, debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido, y cuando actúa judicialmente, debe probar que lo hace así, no exhibir solo el Auto".

35. FABREGA RUÍZ, F., y HEREDIA PUENTE, M., *ob. cit.*, p. 14.

36. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Barcelona, Edición Bosch, 1991, p. 289.

amparo y representación de los incapacitados en ciertos casos, de aplicación tanto a menores que se encuentran sujetos a la patria potestad de sus padres o a la tutela, así como también a personas incapacitadas que aún se encuentren bajo patria potestad prorrogada, tutela, o a personas que estén sometidas a curatela, siempre que esta institución de guarda no pueda cumplir con las funciones inherentes a las mismas, al existir un evidente conflicto de intereses entre el menor o incapacitado y su progenitor, representante legal o curador; o bien porque el representante legal, por cualquier razón, no puede desempeñar las funciones que son intrínsecas a la institución que representa.

Los padres no son sustituidos por el defensor judicial, pues la función de este es representativa, ya que sus actuaciones son sobre un aspecto específico y sus facultades no pueden tener un ámbito más amplio que el que corresponde a los padres a los que sustituye transitoriamente.

El nombramiento de defensor judicial se extingue por haber concluido el motivo que originó tal designación; por el cese de la oposición de intereses; por la interferencia de otra representación preferente (adoptiva, tutelar); por las causas de excusas y remoción de tutelas y curatela; por la muerte del defensor judicial o del defendido; por la mayoría de edad del defendido, salvo que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado y por su emancipación.

En nuestra ley sustantiva familiar –aun cuando no regula esta institución–, interviene el fiscal una vez que se encuentra vulnerado el interés del menor, el cual tiene la facultad de representar al menor en todos sus actos y responder por sus intereses.³⁷

III.5. El acogimiento familiar

El acogimiento familiar es definido por Vidal Morant como aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección y cuidado de los menores que se encuentren privados, aunque sea circunstancialmente, de

37. El Fiscal, en el proceso familiar cubano, es parte en los procesos concernientes al estado civil y capacidad de las personas y en todos aquellos en que la ley así lo prevenga o en cualquier otro asunto en que alegue interés social, según lo establecido en la Ley Adjetiva Civil en sus artículos 46 y 48, representa y defiende los intereses de los menores de edad e incapacitados, hasta que estos sean provistos de tutor o de representantes y asume además la defensa de sus bienes y derechos.

una adecuada atención familiar. Su fin es lograr la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo reciben las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.³⁸

El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública, mientras que el acogimiento residencial se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor. En todos los supuestos se buscará siempre el interés superior del menor tal y como afirma Galiano Maritan,³⁹ intentándose lograr su reinserción en la propia familia, así como que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

El artículo 173 del Código Civil español se refiere a las distintas modalidades del acogimiento familiar por su finalidad. Así, distingue:

I. Acogimiento familiar simple: Tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de este en su propia familia, en tanto se adopte una medida de protección más estable.

II. Acogimiento familiar permanente: Cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen e informen los servicios de atención al menor.

III. Acogimiento familiar preadoptivo: Se formalizará por la entidad pública cuando esta eleve la propuesta de adopción del menor, informado por los servicios de atención al menor ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, y cuando fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia, antes de la propuesta de adopción.⁴⁰

La mencionada institución tiene como formalidad realizarse por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la

38. VIDAL MORANT, J., "Derecho de Familia, patria potestad y otras instituciones de protección a menores", en *Noticias Jurídicas*, febrero, 2002, p. 15.

39. El principio del "interés superior del niño" se regula en el artículo 3 de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño, el cual significa que es preciso examinar varios factores para definir los resultados y las garantías, y que otros intereses como los del Estado, los progenitores y demás no tienen por qué prevalecer de forma automática. Este principio es introducido formalmente por mencionada convención, donde se subraya el derecho que tienen todos los niños para expresar su punto de vista en todas las cuestiones que atañen a su vida, en conformidad con su edad y madurez. GALIANO MARITAN, G., "La Convención de los derechos del niño...", ya citado en nota al pie nro. 17, p. 36.

40. *Cfr.* Artículo 173 del Código Civil español.

guarda de las personas que reciban al menor y de este si tuviera doce años cumplidos. Cuando fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento, salvo que se trate de un acogimiento familiar provisional.

Las causales de extinción del acogimiento del menor son por decisión judicial o de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de estas a la entidad pública; por petición del tutor de los padres que tengan la patria potestad cuando reclamen su compañía, y por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, siempre que lo considere necesario para salvaguardar el interés de este.⁴¹

III.6. De la patria potestad prorrogada y rehabilitada

En la actualidad, existen diferentes modalidades de la patria potestad, conocidas como: la patria potestad prorrogada y la patria potestad restablecida o rehabilitada, las cuales aún no son reguladas en nuestra legislación familiar vigente; sin embargo, la práctica y vida diaria así lo aconsejan por la importancia que ameritan.

La patria potestad prorrogada y la patria potestad restablecida o rehabilitada son instituciones diferentes en cuanto a sus requisitos, pero de efectos equivalentes, puesto que implican una excepción a la extinción de la patria potestad por llegar el hijo a la mayoría de edad. Ambas constituyen modelos institucionales de gran interés práctico al estar en conexión directa con la incapacitación del hijo, que puede producirse durante la minoridad o una vez alcanzada la mayoría de edad.

III.6.1. La patria potestad prorrogada

Según PÉREZ GALLARDO⁴² la patria potestad prorrogada es una institución en virtud de la cual se continúa el ejercicio de la patria potestad de los padres con todas las funciones que contiene para la mejor protección de

41. *Vid.* Artículo 172, apartado 4, del Código Civil español.

42. PÉREZ GALLARDO, L., "La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege feranda*", en *IV Conferencia Internacional Derecho de Familia*, 2006, p. 16.

los hijos, y evita la promoción del expediente de tutela ante los tribunales, en los casos en que los hijos menores, en previsión del grado de discapacidad padecido, sobre todo cuando se trata de una discapacidad mental, se declaran judicialmente incapacitado, antes de arribar a la mayoría de edad.

La patria potestad prorrogada se ejercita cuando el menor de edad padece de alguna enfermedad o deficiencia, tanto física como psíquica de forma persistente que le imposibilitará gobernarse por sí mismo, pudiendo preverse razonablemente que la misma se mantendrá después de la mayoría de edad, razón por la que emana el proceso de incapacitación de manera tal, que una vez cumplidos los 18 años de edad, quedará automáticamente prorrogada, con la extensión y alcance que determine la resolución incapacitadora.

La patria potestad prorrogada es una institución tutelar que culmina una vez que el tribunal declara el cese de la incapacidad del hijo o de la hija, por el fallecimiento de estos o de ambos padres respectivamente, según lo regulado en el artículo 120 del anteproyecto del Código de Familia.

III.6.2. La patria potestad rehabilitada

La patria potestad puede ser rehabilitada por el tribunal cuando los hijos e hijas mayores de edad sean declarados judicialmente incapacitados, implica una extinción y posterior restauración de la patria potestad, porque el sujeto incapacitado no es un menor, sino que alcanzó la mayoría de edad, es soltero y reside con sus padres. En tales casos no se constituye judicialmente la tutela.

Otro supuesto regulado en el Anteproyecto del Código de Familia es cuando el hijo menor de 16 años de edad haya disuelto vínculo matrimonial, en este caso se hace necesario restablecer la patria potestad por las características propias de la edad y por las condiciones especiales en que se autoriza el matrimonio.

Para que se pueda realizar la rehabilitación de la patria potestad se exigen dos requisitos fundamentales,⁴³ la soltería y la convivencia con los padres, el primero supone que el incapacitado no haya contraído nunca matrimonio, aunque este haya sido disuelto, si bien deben excluirse los casos de nulidad en que no ha existido nunca matrimonio, siendo independiente

43. Estos requisitos fundamentales de la patria potestad rehabilitada son regulados en el artículo 171 del Código Civil español.

de que tenga o no hijos. El segundo es uno de los requisitos que provocan más discrepancias interpretativas, pues existen dudas sobre qué debemos entender por vivir en compañía de los padres.

La doctrina se divide entre los que exigen una convivencia de hecho, con un claro *corpus*, y los que entienden que dicho concepto hay que interpretarlo de una forma más amplia y flexible, considerando que esta no se rompe por estar el hijo internado en una institución, ya que lo importante será que el hijo esté bajo la guarda o custodia del padre.⁴⁴

En cuanto a la convivencia con los padres debe atenderse fundamentalmente a la dependencia física y económica, más que a la residencia en el mismo domicilio, siendo objeto de una interpretación flexible, lo que si se exige siempre es el hecho de que durante la minoridad hubiese estado sujeto a la patria potestad y no a la tutela. Este criterio se sustenta en el hecho cierto de que la incapacidad puede estar ocasionada por una causa externa, y no por una enfermedad crónica que toda su vida le hubiese limitado su capacidad de obrar, tal es el caso de una persona que por accidente pierda sus facultades y es incapacitado, quizás no siempre residió con sus padres o en algún momento interrumpió su residencia establemente, pero si está dentro de las causales de incapacidad no sería justo negarle la rehabilitación de la patria potestad.

No se daría la rehabilitación si los padres hubieran sido privados, extinguidos o suspendidos de la patria potestad, salvo si la han recuperado. Una vez elegida la institución u organismo de guarda, habrá que nombrar para desempeñarlo a la persona más idónea, debiendo optarse entre las que reúnan dicha idoneidad por aquélla que afectiva y físicamente se encuentre más cerca del futuro pupilo.

Nuestro Código de Familia no regula la patria potestad rehabilitada dentro del régimen legal de guardaduría, pues solo prevé la tutela como institución protectora fuera del marco del ejercicio de la patria potestad, aplicable cuando de mayores de edad se trata, a quienes hayan sido declarados judicialmente incapaces para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez, u otra causa, deficiencia que sería salvada con la introducción de otras formas de protección en nuestro ordenamiento jurídico.

44. FABREGA RUÍZ, F., y HEREDIA PUENTE, M., *Protección legal de incapaces*, Madrid, Colex, 1998, p. 19.

III.7. La Autotutela como mecanismo de protección ante una eventual incapacidad

En los tiempos actuales, la extensión de ciertas epidemias, el envejecimiento incesante y creciente de la población, con las colaterales enfermedades de tipo senil Alzheimer,⁴⁵ que, previsiblemente, dada su irreversibilidad, conduzcan a una futura incapacitación judicial, provocan la necesidad de que antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse pueda cualquier persona en plenitud de sus facultades mentales, mediante escritura pública notarial designar quién desea que se encargue de su guarda, estableciendo, además, las directrices que ordenarán la forma de ejercicio y control de la misma, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes.

La autotutela o delación voluntaria de la tutela,⁴⁶ como forma de prever situaciones futuras de discapacidad o incapacidad para este vulnerable sector de la población que son las personas de la tercera edad, podría ser una solución satisfactoria, si estuviera adecuadamente regulada en el ordenamiento jurídico.

En palabras de Martínez García,⁴⁷ es la institución a través de la cual se posibilita a la persona capaz, para que, mediante un documento apropiado, formal, y revocable, pueda dejar preestablecido, en el supuesto de su incapacitación, el organismo tutelar y a las personas que han de desempeñar los cargos y mecanismos de vigilancia y control.

Esta institución puede englobar dos supuestos no excluyentes entre sí: la posibilidad de que una persona, en previsión de su posible incapacitación, prohíba que una o más personas sean designados sus tutores (designación negativa) y la posibilidad de nombrar a quien será su tutor en caso de su incapacitación (designación positiva).

45. RENDÓN UGALDE, C., "Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela", en *Revista de Derecho Privado, Nueva época*, año IV, número 11, mayo-agosto de 2005, p. 74.

46. La paternidad del término autotutela corresponde al abogado del Estado. ELOY SÁNCHEZ TORRES en su artículo "Una nueva modalidad tutelar". La palabra autotutela se introduce en esta obra al decir: "La autotutela, valga este nuevo vocablo, es la manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona". Citado por: RENDÓN UGALDE, C., *ob. cit.*, p. 77.

47. MARTÍNEZ GARCÍA, J. A., "Apoderamientos preventivos y autotutela", en MARTÍNEZ DÍE, R. (coord.), *La Protección Jurídica de Discapaces, Incapaces y personas en Situaciones Especiales*, Madrid, Civitas Ediciones, 2000, pp. 115-148, pp. 24 y 25.

La autotutela se considera un acto jurídico y propiamente un negocio jurídico; *inter vivos, post capacitem*: en el cual debe distinguirse un doble estadio de relevancia jurídica al cual se ha hecho referencia previamente; gratuito, unilateral, solemne, personalísimo, principal, atípico, revocable, y de carácter familiar.⁴⁸

El Código Civil español y la Ley 9/1998, de 15 de julio de 1998, del Código de Familia, del Parlamento de Cataluña son normas legales que contienen las disposiciones más directamente relacionadas con la declaración de incapacitación, con la tutela y la autotutela, como instrumentos de protección legal de las personas mayores afectadas por demencia o discapacidad mental.

Para Garrido Melero,⁴⁹ "la autotutela es (...) la posibilidad de que cualquier persona, en previsión de que pueda ser declarada incapaz, pueda nombrar en escritura pública los organismos tutelares que estime oportu-

48. Es un acto jurídico, pues se enmarca dentro del concepto del artículo 49.1. del Código Civil cubano, el cual regula: manifestación lícita de voluntad, en este caso expresa, que produce efectos consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica. Es un negocio *inter vivos porque* implica una relación intersubjetiva, vincula e interesa correlativamente a varias personas vivientes. *Inter vivos* son los actos de los cuales se origina una situación jurídica, la cual incide contemporáneamente en la esfera jurídica de su autor o de terceros. *Cfr.* PÉREZ GALLARDO, L., *et. al.*, *Derecho de Sucesiones*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2006, t.1, pp. 206-207. Es gratuito porque según lo que regula el artículo 157 del Código de Familia, el ejercicio de la tutela es gratuito; y aunque el tutor, previa aprobación del tribunal, puede reembolsarse de los gastos justificados que tuviere en el ejercicio de la tutela; con ello lo que se hace es proteger la indemnidad de este sujeto. Es unilateral porque la autotutela está formado únicamente por la declaración de voluntad del autotutelando, la cual no necesita la concurrencia de ninguna otra para perfeccionarse. Es un acto solemne debido a que la persona designada no resulta obligada a nada, ni siquiera tiene que ser aceptado o conocido el negocio jurídico por el tutor para considerarse que existe. Por tanto, dicha aceptación no es condición para su existencia, sino para su eficacia. Su carácter personalísimo viene dado por la cantidad de otorgantes que podrían comparecer en un mismo documento; y aunque la escritura fuera mancomunada, lo que no admitimos, cada negocio de autotutela sería unilateral. Es principal porque tiene sustantividad propia y no depende de ningún otro acto. Es atípico porque no es regulado actualmente en nuestro Código de Familia, pero sí se encuentra en el Anteproyecto, una vez que este preceptuado será típico. El fundamento de su revocabilidad lo encontramos como en el testamento, en su naturaleza jurídica.

49. GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia, un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Madrid, Marcial Pons, 1999, cap. V.

nos, así como excluir a determinadas personas de dichos cargos". Badosa Coll⁵⁰ la resume como "la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación".

El fin de la tutela en el ordenamiento jurídico familiar, es ante todo, la protección de la persona que ha sido declarada judicialmente incapacitada, por tanto, cuando nos referimos a la autotutela, o delación voluntaria de la tutela, nos referimos al poder de autodeterminación que toda persona debe tener como concreción de la autonomía de su voluntad, con el fin de que aun siendo capaz, pueda prever la regulación de aspectos variados de su existencia, partiéndose de la consideración que nadie mejor que nosotros mismos para conocer las cualidades y condiciones personales de quien puede llegar a ser nuestro tutor y no ser sometidos al régimen de protección predeterminado por el Código Civil.⁵¹

La designación del tutor se realiza ante un notario, en documento público, a aquella persona (física o jurídica sin ánimo de lucro) que uno quisiera que fuera su tutor, en caso de que en un futuro, fuera declarado incapaz. En la misma escritura también se puede excluir expresamente a alguien para ejercer funciones tutelares, así como nombrar sustitutos y órganos de control o supervisión de la tutela,⁵² dicha persona puede dar orientaciones sobre como quisiera que fuera ejercida su tutela, tanto en lo que se refiere al cuidado de su persona como a la administración de sus bienes. Es plausible señalar que cuando se otorgue la escritura de autotutela, la persona debe conservar sus facultades intelectuales y por tanto de decidir libremente lo que quiere hacer.

La autotutela o delación de la tutela puede encomendarse para prever y decidir lo que puede acontecer en el futuro. Con el nombramiento del

50. BADOSA COLL, F., "La autotutela", en BOSCH, J. M. (ed.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, Editorial Bosch, 1993, t. 2, p. 903.

51. Aunque el instituto pudiera parecer de reciente creación, desde 1927 se documentó el caso de una persona de nacionalidad rusa, quien al cumplir su mayoría de edad nombró para sí tutor en documento privado. La razón de esta autodesignación se basó en que dicha persona padecía una enfermedad hereditaria degenerativa. La autodesignación fue aprobada por el Tribunal de Tutelas. Citado por GALIANO MARITÁN, G., "*La autotutela como mecanismo de autoprotección...*", ya citado en nota al pie nro. 16, p. 8.

52. GALIANO MARITÁN, G., *Íbid*, p. 10.

tutor se ampara ciertamente a la persona mayor de edad cuando no posea la suficiente capacidad para gobernarse, la cual va contar con una tercera persona, elegida por ella misma, que tiene a su cargo la guarda y cuidado de su persona y sus bienes, contando con todas las garantías legales.

Esta fuente de autoprotección tiene su *ratio* en la propia declaración de voluntad del futuro pupilo. Supone la realización de un negocio unilateral de naturaleza no recepticia, cuya eficacia está supeditada a la decisión judicial, pues en última instancia es el juez quien vigila y resuelve todo lo concerniente a la institución tutelar en las legislaciones que reconocen una tutela bajo control judicial.⁵³

La autotutela es de significativa importancia pues tiene como objetivo brindarle atención y obediencia a la voluntad del futuro pupilo para cuando en el momento en que este no posea la capacidad suficiente para administrarse, esté una tercera persona, elegida por él mismo, que tendrá a su cargo el cuidado de su persona y sus bienes, respetando en todos los supuestos las garantías legales establecidas en la ley.

La legislación familiar cubana solo prevé la tutela como institución tuitiva, haciendo de ella la más trascendente forma de guardaduría legal, no reconoce la posibilidad real que tiene cualquier persona antes de llegar a una eventual incapacidad, poder diseñar como desea que se materialice su protección en el futuro y poder pronunciarse sobre el nombramiento de su tutor.

La regulación de la autotutela en el ordenamiento jurídico cubano podría ser una solución satisfactoria para su eficaz implementación y consiguiente protección a la autonomía de la voluntad de estas personas, y aun cuando así no fuera, nada impediría al tribunal tener en cuenta, a la hora de la designación de tutor, la voz del futuro incapacitado, tan importante para futura actuación en estos escenarios familiares.

IV. BREVES CONSIDERACIONES FINALES

En nuestra legislación familiar no se acepta otra forma de representación legal diferente a la tutela como institución de guarda o asistencia en cuanto a los incapaces y para la minoría de edad la patria potestad,

53. PÉREZ GALLARDO, L., "La protección legal a los discapacitados en Cuba...", ya citado en nota al pie nro. 42, p. 35.

por tal razón se hace necesario la inclusión de instituciones de protección y cuidado como la curatela, la autotutela, el defensor judicial, la guarda administrativa o de hecho y la posibilidad de optar por la patria potestad prorrogada o rehabilitada, siendo estas figuras reconocidas en otros códigos foráneos, lo cual posibilita una eficiente protección de los derechos y la dignidad de estas personas en la sociedad.

Se hace urgente abogar unánimemente por la regulación de estas instituciones en nuestro Código de Familia, por la importancia que ameritan para el Derecho cubano y la seguridad de la familia al proporcionarles una adecuada protección a las personas discapacitadas, que carecen de plena capacidad o la tienen restringida para actuar en el mundo jurídico. El reconocimiento de estas instituciones de guarda y cuidado en el ordenamiento familiar cubano propiciarían las vías adecuadas para la asistencia y protección de las personas incapaces, discapaces y con capacidad restringida, constituyendo un mecanismo idóneo para su participación en el mundo jurídico.

V. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes Teóricas

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Barcelona, Edición Bosch, 1991.
- ÁLVAREZ TABÍO, A. M., "La Curatela y Discapacidad", en *IV Conferencia de Derecho de Familia*, 2006. p. 4.
- BADOSA COLL, F., "La autotutela", en BOSCH, J. M. (ed.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, Editorial Bosch, 1993, t.2.
- BOSSERT, G. A., y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, 6ta. ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- DÍAZ MAGRANS, M. M., *La Tutela. Posibilidad de una mayor intervención notarial*, tesis presentada para optar por el título de Especialista en Derecho Notarial, bajo la tutoría de CORZO GONZÁLEZ, L., Universidad de la Habana, 2007.
- FABREGA RUÍZ, F., y HEREDIA PUENTE, M., *Protección legal de incapaces*, Madrid, Colex, 1998.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *et. al, Manual de Derecho Romano*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1982.

- GALIANO MARITÁN, G., "La autotutela como mecanismo de autoprotección ante una eventual incapacidad. Breves razones para su admisibilidad en nuestro texto sustantivo familiar", en *Revista Ambiente Jurídico*, nro. 14, Universidad de Manizales, Caldas, 2012.
- GALIANO MARITAN, G., "La Convención de los derechos del niño como cuerpo jurídico protector de la infancia. Sentido y Alcance", en *Revista Jurídica del Ministerio de Justicia, Tercera época*, año 2, nro. 4, julio-diciembre, La Habana, 2009.
- GALIANO MARITAN, G., "La tutela y la curatela. Proposiciones de *lege referenda* en el ámbito civil y familiar cubano", en *Derecho y Cambio Social*, nro. 29, Lima, 2012. Consultado en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista029/tutela_y_curatela.pdf.
- GALIANO MARITAN, G., "La tutela. Valoraciones sobre su regulación jurídica y aplicación en el ordenamiento familiar cubano", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, nro. abril de 2012, revista digital disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/ggm.pdf>.
- GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia, un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Madrid, Marcial Pons, 1999, cap. V.
- GUILARTE MARTIN, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., "Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés", en SALAS MURILLO, S. (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 623-650.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et. al., *Derecho de Familia*, Barcelona, José María Bosch Ed., 1997.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. A., "Apoderamientos preventivos y autotutela", en MARTÍNEZ DÍE, R. (coord.), *La Protección Jurídica de Discapaces, Incapaces y personas en Situaciones Especiales*, Madrid, Civitas Ediciones, 2000, pp. 115-148.
- PERAL COLLADO, D., *Derecho de Familia*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1980.
- PEREÑA VICENTE, M., "La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?", en *La Ley*, año XXVIII, nro. 6665, 6 de marzo de 2007, pp. 1-6.
- PÉREZ GALLARDO, L., "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano? (A propósito de la

- Sentencia N° 120 de 30 de septiembre del 2008 de la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana)", en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, año 1, nro. 2, Rosario, 2009.
- PÉREZ GALLARDO, L., "La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege feranda*", en *IV Conferencia Internacional Derecho de Familia*, 2006.
- PÉREZ GALLARDO, L., *et. al.*, *Derecho de Sucesiones*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2006, t.1
- RENDÓN UGALDE, C., "Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela", en *Revista de Derecho Privado, Nueva época*, año IV, número 11, mayo-agosto de 2005.
- ROGEL VIDE, C., "Sobre la guarda de hecho", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 2003, nro. 4, Editorial Reus.
- VELAZCO MUGARRRA, M., *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, La Habana, Ediciones ONBJ, 2006.
- VIDAL MORANT, J., "Derecho de Familia, patria potestad y otras instituciones de protección a menores", en *Noticias Jurídicas*, febrero, 2002.
- ZAYAS RODRÍGUEZ, R., *Derechos de la mujer casada, legislación y jurisprudencia*, Trinidad, Editorial Tipografía Venus.

Fuentes legales

- Constitución de la República de Cuba, reformada en 1992 y en el 2002, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 7, de 1° de agosto de 1992, última modificación, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 3, de 31 de enero de 2003.
- Código de Familia de la República de Cuba, Ley 1289 de 1975, Divulgación del MINJUS, LA Habana, 1999.
- Código Civil de España redactado por Decreto 1836 de 31 de mayo 1974; en desarrollo de la Ley 3 de 17 de marzo 1973.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley N° 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1ª reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley 241/2006 de 26 de septiembre en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 33, de 27 de septiembre del 2006.

Fuentes jurisprudenciales

Sentencia No. 546 de 17 de mayo del 2001.

Sentencia No. 55 de 31 de enero de 2006 de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba, Segundo Considerando, Ponente Acosta Ricart de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba, Único Considerando. Ponente Arredondo Suárez.

Sentencia 10 de marzo de 1994 del Tribunal Supremo de España Sentencia N° 5 de marzo de 1998 del Tribunal Supremo de España.

Sentencia N° 23 de diciembre de 1997 del Tribunal Supremo de España.