

UNIVERSIDAD CENTRAL "MARTA ABREU" DE LAS VILLAS

Facultad de Derecho

**LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LOS INCAPACES EN LA
LEGISLACIÓN CIVIL Y FAMILIAR CUBANA**

Lic. Iliana de la Caridad Concepción Toledo

Año 2009

PENSAMIENTO

**“Benditas sean las manos que rectifican estas equivocaciones y endulzan estos
errores sombríos de la ciega madre
creación”**

José Martí, 30 de Diciembre de 1875, México.

A DIANITA,

**Por todo lo que la vida le negó
y el valor de su presencia.**

RESUMEN

La tesis que presentamos tiene como título La protección patrimonial de los incapaces en la legislación civil y familiar cubana, la misma contiene un estudio teórico doctrinal de la capacidad y su necesario complemento mediante la representación legal como opción para suplir la falta de capacidad, el capítulo primero está vinculado a la expresión de la voluntad estatal para la protección del patrimonio de estas personas, con recurrencia se acude a elementos de derecho comparado en estos temas, así como al procedimiento existente para lograr la declaración de incapacidad. En un segundo capítulo estudiamos otras formas de representación legal usadas en Cuba, el derecho foráneo y las previstas en el último proyecto de modificación del Código de Familia, todo lo que se aborda con un enfoque crítico sustentado en los resultados obtenidos a través de la aplicación de la entrevista cualitativa a expertos que incluyó la toma de criterios sobre el tema a jueces de los tribunales municipales y provincial de Sancti Spíritus y a abogados con más de diez años de experiencia en la profesión dedicados al estudio y aplicación de la legislación de familia.

Utilizamos bibliografía de carácter nacional y de países de nuestro sistema de derecho romano francés, así como acudimos a la revisión de documentos en soporte digital y consulta de artículos en INTERNET. Este trabajo integrado nos permitió aportar un estudio que puede llegar a ser material de consulta para estudiantes y juristas vinculados al Derecho de Familia. Finalmente aportamos las conclusiones a que llegamos y las recomendaciones que hacemos para perfeccionar la legislación vigente en cuanto al tema.

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. ANALISIS TEÓRICO-DOCTRINAL DE LA CAPACIDAD Y EL NECESARIO COMPLEMENTO ANTE SU FALTA, COMO GARANTÍA DE PROTECCION PATRIMONIAL DE QUIEN LA SUFRE -----	5
1.1 El concepto de Persona en el lenguaje jurídico-----	5
1.2 Dos conceptos que confluyen: personalidad y capacidad ----	7
1.2.1 Posición del Código Civil cubano-----	10
1.2.2 La enfermedad como causa limitativa de la capacidad-----	15
1.3 La discapacidad. Su tratamiento por la Organización Mundial de la Salud y en Cuba -----	17
1.3.1 Valoración de la discapacidad por la Organización Mundial de la Salud-----	18
1.3.2 Protección de la discapacidad en Cuba -----	19
1.4 Reflexión sobre la relación entre dos conceptos: discapacidad e incapacidad total -----	21
1.5 La incapacitación total -----	25
1.5.1 La incapacitación total en Cuba -----	26
1.6 Necesidad de complemento de las personas incapacitadas a través de la representación legal -----	32
CAPÍTULO II: LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL INCAPAZ EN LA LEGISLACION CUBANA -----	38
2.1 Patria potestad y Tutela: únicas formas de representación legal de incapaces en Cuba -----	38
2.1.1 Patria potestad -----	38
2.1.2 Tutela-----	40
2.1.3 Distinción entre patria potestad y tutela-----	42
2.2 Breve aproximación a otras instituciones tuitivas -----	46
2.2.1 La curatela-----	47
2.2.2 El defensor judicial-----	48
2.2.3 Guarda administrativa y guarda de hecho-----	50
2.2.4 El acogimiento familiar o residencial-----	53
2.3 La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada: institutos de tuición extraños a la legislación familiar cubana---	53
2.3.1 Conceptualización de la patria potestad prorrogada-----	55
2.3.2 Nociones de la patria potestad rehabilitada-----	56
2.4 Posibilidades de continuidad de la patria potestad en el ordenamiento jurídico cubano-----	57

2.5	Proyección de instituciones tutelares en la legislación familiar cubana-----	59
	CONCLUSIONES -----	64
	RECOMENDACIONES -----	65
	BIBLIOGRAFÍA -----	66
	ANEXO -----	

INTRODUCCIÓN

Internacionalmente la ciencia dedica denodados esfuerzos al diagnóstico y prevención de enfermedades congénitas durante el embarazo, lo que no impide que a diario nazcan niños con padecimientos que irremediablemente van a provocarles limitaciones futuras que repercuten en su desarrollo físico, intelectual, psicológico y motor.

Cuba no está ajena a esta situación, por lo que aún nacen niños con afectaciones profundas del sistema nervioso central con motivo de enfermedades genéticas desconocidas que perduran a lo largo de sus vidas y a pesar de todo el empeño puesto en su detección, aun la ciencia no está en condiciones de prevenirlas, marcando en el seno de las familias el inicio de una serie de eventualidades de todo tipo, incluidas las legales, para las que nunca estuvo preparada.

También nos encontramos personas que luego de arribar a la mayoría de edad y en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y facultades mentales, por razones que pueden abarcar desde enfermedades severas crónicas sobrevenidas hasta por accidentes devienen en afectados físicos, intelectuales y motores.

Hoy día la sociedad cubana presta atención a las particularidades de las familias que presentan necesidades especiales para la atención a los hijos que padecen una discapacidad severa, fundamentalmente en la esfera terapéutica, psicológica o pedagógica, pero la legislación civil en este tema se queda rezagada concibiendo que además de los menores de 10 años, carecen de capacidad solo los mayores de edad declarados judicialmente dejando en el ámbito de la legislación procesal con una redacción muy imprecisa todo lo concerniente a la forma de declaración de incapacidad de estas personas y en el marco de la legislación familiar cuestiones tan importantes como la forma de suplir tales defectos mediante la representación legal, con una expresión sumamente limitada.

El Código de Familia prevé la patria potestad solo para la minoridad, extinguiéndose aquella cuando se arriba a la mayoría de edad, sin tomar en cuenta el grado de capacidad del individuo, momento en el cual los mayores incapacitados de hecho quedan en un estado de desamparo legal que solo se suple cuando una vez declarados judicialmente incapaces mediante el engorroso proceso civil interpuesto por las

personas a que se refiere el Artículo 140 de la propia ley familiar¹, se les nombra un tutor, que en el supuesto que fuere uno de los progenitores de éste, habida cuenta que el cargo de tutor se ejerce unipersonalmente, le será deferido al mismo tanto la representación legal como la administración de los bienes del hijo incapaz a través de la tutela. Similar tratamiento reciben los mayores de edad que por diversas razones pierden su capacidad de obrar.

Tal circunstancia demanda proporcionar un respaldo jurídico más efectivo a dichas situaciones y establecer las normas legales que amplíen las posibilidades de suplir su incompetencia para propiciar una mayor atención y protección a la persona y los bienes de los incapaces. Desde este punto de vista corresponde al Estado dictar normas, que en ausencia total de autonomía personal, suplan tal estado de incapacidad como formas de guardaduría que debe ofrecer el derecho cubano.

Ante tal dilema queda definido como problema científico a resolver el siguiente:

- ¿Es eficaz la protección que brinda al patrimonio del incapaz la legislación civil y familiar vigente?

Para solucionar el mismo nos hemos propuesto como objetivo general:

- Fundamentar la necesidad de modificar la legislación vigente en materia de Derecho Civil y de Familia en el sentido de que se garantice una protección efectiva al patrimonio del incapaz.

En tal sentido hemos delimitado el objeto de estudio al cumplimiento de los objetivos específicos siguientes:

1. Realizar un estudio teórico-doctrinal sobre la regulación legal de la capacidad de las personas para regir su conducta y sus bienes, así como la forma de declaración judicial de incapacidad y su necesario complemento mediante la representación legal.

¹El Código de Familia en su Artículo 140 establece que cuando surja la necesidad de poner a una persona bajo tutela, estarán en el deber de informarlo al fiscal las personas siguientes: los parientes del menor o incapacitado, dentro del tercer grado de consanguinidad; las personas que convivan con el menor o incapacitado y los vecinos próximos del mismo, o el Comité de Defensa de la Revolución más inmediato, los funcionarios públicos que por razón del ejercicio de su cargo tengan conocimiento de la existencia del estado de necesidad a que se refiere el párrafo inicial de este artículo.

2. Desarrollar un análisis de la regulación de las actuales instituciones tuitivas en el Código de Familia, con un enfoque crítico en cuanto a su reformulación o aparición de nuevos institutos de protección como garantes de una protección efectiva de los incapaces

En tal sentido nos planteamos como hipótesis del trabajo la siguiente:

- Si se modifican artículos del ordenamiento civil y familiar vigentes se pueden perfeccionar las garantías que ofrecen dichas normas a la protección del incapaz en el orden patrimonial.

La investigación se ha realizado empleando como métodos teóricos esencialmente el método jurídico-descriptivo; además se utilizaron los métodos de análisis lógico, el exegético, el histórico y el jurídico comparado. La utilización de estos ha permitido el estudio de la persona con respecto a su capacidad, las causas modificativas de ésta que conllevan a incapacidades y el mecanismo de incapacitación, así como la necesidad de complemento mediante la representación legal. Se exponen las variantes representativas de las personas con una incapacidad total; en tal sentido se trata, fundamentalmente, de explicar cómo resolver los problemas que se presentan ante la ausencia de regulación legal de variadas formas tuitivas adaptadas a la realidad cubana, que pudieran ser previstas desde la minoría de edad, evitando una situación de desamparo legal de estos individuos. Entre los métodos empíricos utilizamos la consulta cualitativa a expertos, entre los que se encuentran jueces de los distintos tribunales y abogados en ejercicio, lo cual nos permitió conocer el tratamiento que en el orden práctico tienen las instituciones jurídicas estudiadas.

El trabajo está estructurado en dos capítulos, subdivididos en epígrafes. En el primero se desarrolla un análisis teórico doctrinal sobre la persona en relación con su personalidad y capacidad, la distinción entre discapacidad e incapacidad y su tratamiento en la legislación positiva cubana, abordando la diferenciación del concepto de discapacidad para la Organización Mundial de la Salud y para Cuba, con referencia a los elementos sobre la incapacitación judicial, situación que genera la necesidad de suplemento mediante la representación legal y la trascendencia que ello trae a los bienes presentes y futuros del incapaz. El segundo capítulo constituye la parte esencial

de la investigación, se valoran las formas de representación legal para los incapaces que actualmente asume la legislación familiar cubana circunscritas exclusivamente a la patria potestad y la tutela, haciendo un análisis crítico de la regulación vigente, demostrando cada una de las razones concretas que justifican la insuficiencia legal planteada, proponiéndose las pautas para una futura modificación legislativa en el orden civil y familiar. Finaliza el trabajo exponiendo las conclusiones y recomendaciones, así como la bibliografía consultada.

Las fuentes de información utilizadas consistieron en el estudio de la doctrina científica y las legislaciones sobre el tema, tanto nacionales como extranjeras, así como una profunda y poco fructífera búsqueda en Internet, evidenciándose la poca existencia de estudios al respecto en el Derecho comparado.

Los principales resultados que se pretenden obtener son:

- Sustentar los argumentos que justifiquen la necesidad de modificar la regulación jurídica del Código de Familia cubano en cuanto a la declaración de incapacidad a partir de los 10 años de edad, previa a la mayoría de edad, por su trascendencia a los actos relacionados con la administración y disposición del patrimonio de estas personas, una vez que arriben a la mayoría de edad.
- Validar la pertinencia de incluir en la legislación familiar nuevas instituciones tutelares de representación legal, efectivas para la protección patrimonial de quienes carecen de capacidad.

DESARROLLO

CAPÍTULO I. Análisis teórico doctrinal de la capacidad y el necesario complemento ante su falta, como garantía de protección patrimonial de quien la sufre

I.1 El concepto de persona en el lenguaje jurídico

“Por causa del hombre se constituye todo el derecho por lo que la primera realidad jurídica tiene que ser siempre la persona -su capacidad, estado, poder jurídico, responsabilidad. El segundo aspecto de esa realidad es el mundo exterior. La vida jurídica es de esta manera una serie de comportamientos de las personas respecto de los bienes. La existencia de la persona condiciona la producción de la norma, el derecho es una reglamentación organizadora de la comunidad humana, prescribiendo conductas, imponiendo sanciones con objeto de hacer realidad la Justicia”²

El ser humano a través del desarrollo de la humanidad se ha designado de diversas formas: persona humana, física, individual y desde el punto de vista jurídico se ha considerado como persona natural en sus dos géneros, masculino y femenino, reconociéndose además la existencia de las personas jurídicas o ficticias, morales o colectivas. No obstante, con independencia de su denominación nunca ninguna de ellas ha podido excluirse de repercusión jurídica.

La persona desde el punto de vista jurídico es todo ser capaz de derechos y obligaciones, siendo tal término en ocasiones equiparado al de sujeto de derecho, estando referido este último específicamente a quien está investido de un derecho determinado y por ello participa activa o pasivamente en una relación jurídica concreta, por lo que no necesariamente tienen que ser coincidentes.

Ahora bien, lo que si se conoce de su evolución es que el concepto de persona adquiere relevancia jurídica desde que el hombre comienza a ser considerado sujeto de derecho, contraponiéndose en los ordenamientos jurídicos primitivos a la figura de los

² Referido por DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTERO, A., (1984), *Sistema de Derecho Civil*, volumen 1, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 216

esclavos, siendo solo sujetos la minoría dominante. Luego todos los hombres alcanzan la categoría de persona y con ella se extiende el atributo de la personalidad, entendida como mera aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de las relaciones jurídicas, de las cuales el hombre es sujeto por excelencia.

“La palabra persona tiene su origen en las lenguas clásicas. El sustantivo latino *persona*, *ae*, se derivó del verbo *persono* (de *per* y *sono*, *as are*), que significaba sonar mucho, resonar. Se designaba con dicho sustantivo la máscara o careta que usaban los actores en el teatro griego, y que servía al mismo tiempo para caracterizarse y para ahuecar y lanzar la voz. Por una serie de transposiciones se aplicó la palabra persona al actor y luego a los actores de la vida social y jurídica, es decir, a los hombres”³.

La concepción del hombre como persona está basada en nociones éticas referidas a la dignidad esencial de todo ser humano, cualquiera sean sus circunstancias o caracteres vitales. Coinciden, así, de un modo insospechado la concepción cristiana que ve en todo hombre o mujer un ser digno por haber sido creado a imagen y semejanza de Dios y la concepción modernista de raíz kantiana que ve en el ser humano un fin en sí mismo que no puede ser utilizado sólo como un medio para alcanzar objetivos ajenos. Esta idea conlleva una transformación del concepto técnico de persona como sujeto de derechos subjetivos a la de ser digno y merecedor de la máxima tutela jurídica, poniendo un abismo entre ella y las cosas (objetos de derechos). El concepto de persona adquiere de esta forma un significado jurídico-institucional y no puramente técnico. En este sentido, la persona se convierte en un centro de fundamentación y de desarrollo de todo el Derecho.

“Jurídicamente es persona todo ser a quien el derecho acepta como miembro de la comunidad. Tal acepción lleva consigo el reconocimiento de la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, o con otra expresión, de derechos y obligaciones (capacidad). Y puesto que es la persona (a toda persona y solamente a ella) a quien el derecho

³CASTÁN TOBEÑAS, J., (1943), *Derecho Civil Común y Foral*, volumen 1, Editorial Reus, Madrid, pág.135

reconoce capacidad, también la persona puede ser definida jurídicamente hablando como ser capaz de derechos y obligaciones.”⁴

Muchas veces ha tratado de equipararse capacidad con personalidad debido a la esencia del hombre consistente en la aptitud para derechos y obligaciones, no obstante la personalidad se señala como cualidad y también como calidad de la persona.

I.2 Dos conceptos que confluyen: Personalidad y capacidad

Todos los individuos tienen personalidad en forma previa a la conceptualización jurídica.

“La personalidad no es algo que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de manera arbitraria, pues es una exigencia de la naturaleza y dignidad que el derecho no tiene más remedio que reconocer. Juan XXIII, en su encíclica *Pacem in terris*, dice expresamente: -en toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y voluntad libres .”⁵

La personalidad es un *príus* para el Derecho, un imperativo para las leyes positivas. La personalidad le es reconocida a todo ser humano, nada más que por el hecho de ser tal: por pertenecer a la especie *homo sapiens*. La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclama que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, precepto que ha sido recogido también por la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica en el que se señala que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica⁶.

Por personalidad ha de entenderse la susceptibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. El término personalidad se refiere al atributo consustancial del ser humano que consiste en la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Se es persona; se tiene personalidad.

⁴ALBALADEJO GARCÍA, M., (1991), *Derecho Civil, Introducción y Parte General*, tomo 1, volumen 1, Editorial Bosh, Barcelona, pág. 213.

⁵ DIEZ-PICAZO, L. Y GUILLÓN BALLESTERO, A., (1984), op. cit., pp. 229.

⁶ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 preceptúa lo siguiente: ARTICULO 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

La personalidad se adquiere con el nacimiento, no es un producto del ordenamiento jurídico, ya que este se limita a reconocer su existencia. En esta dirección se ha orientado el Código Civil cubano en tanto dentro de su preceptiva recoge un artículo que marca el inicio y fin de la personalidad.⁷

La personalidad es un atributo esencial del ser humano, inseparable de este, pues es esencial al hombre y sólo a este, como ser racionalmente libre, el poseer la capacidad de querer y obrar para cumplir su fin jurídico.

El derecho atribuye personalidad jurídica a todos los hombres, como medio de que estos realicen en la vida sus fines individuales. El hombre es portador de derechos subjetivos, más al lado de los fines individuales y temporales que se extinguen con la vida de cada individuo, existen en la sociedad fines colectivos que no pueden obtenerse sino por la reunión de fuerzas y fines duraderos que sobrepasan las generaciones y exigen una actividad sucesiva e ininterrumpida y por ello el derecho objetivo concede también personalidad a las colectividades, instituciones, asociaciones y organizaciones humanas que se forman para la realización de fines sociales y duraderos.

Diversas teorías existen respecto al origen de la personalidad, o, lo que es igual, al hecho que determina el principio de la persona individual⁸

⁷ En el Código Civil reza el siguiente precepto: ARTÍCULO 24. La personalidad comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte.

⁸ La Doctora CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ en su libro ***Derecho Civil. Parte General*** resume estas teorías del siguiente modo:

- Teoría de la concepción: Esta parte del hecho de la concepción del hombre como determinante del inicio de la personalidad, es decir, sitúa su comienzo en el momento en que surge la vida intrauterina. La misma ha sufrido severas críticas basadas en la imprecisión o imposibilidad de determinar cuando ocurre o se produce la concepción.

- Teoría del nacimiento: Esta teoría parte de un hecho cierto para fijar el inicio de la personalidad y este hecho lo constituye el nacimiento o lo que es lo mismo cuando el producto de la concepción completamente formado es separado de modo natural o artificial del claustro materno. La terminación del acto del nacimiento constituye el momento del comienzo de la personalidad pues se inicia la existencia independiente de la persona, ya que al solo concebido no se le atribuye vida propia.

- Teoría de la viabilidad: En este caso se exigía para el inicio de la personalidad no solo el hecho de nacer vivo sino también la aptitud para seguir viviendo una vez fuera del claustro materno.

Dentro de esta teoría se presentan dos variantes:

-Teoría de la viabilidad fisiológica: Unos partidarios exigen que el nacido reúna las máximas condiciones para desarrollar una vida activa (perfección y sanidad completa o absoluta) mientras que otros solo exigen la concurrencia de condiciones mínimas para continuar la vida independientemente.

- Teoría de la viabilidad legal: En este caso sus seguidores exigen la verificación de vida extrauterina, es decir, independiente de la madre durante el tiempo establecido por ley.

El Código patrio con respecto al problema del origen de la personalidad, parece hacer una amalgama de algunas de estas teorías citadas. Empieza sentando el principio de que el nacimiento determina la personalidad, pero después recoge el sistema que se ha llamado ecléctico, al añadir que al concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca vivo y en este último aspecto está influido por la tesis de la viabilidad, aunque no exactamente interpretada.

CASTÁN TOBEÑAS considera que existe absoluta identidad entre los conceptos de capacidad y personalidad.⁹

Por otro lado GUERRA LÓPEZ, más explícito, ahonda en el tema y expone que la generalidad de los tratadistas estima que existe una perfecta sinonimia entre personalidad y capacidad jurídica, cosa que no es cierta. Aunque la distinción es sutil, jurídicamente es una realidad sentida.

Para este autor personalidad y capacidad son dos aspectos de una misma idea. Mientras que la personalidad implica la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones en general y es condición en potencia que posee toda la persona, la capacidad se refiere a derechos y obligaciones determinados. La característica de la persona es la de ser sujeto de derechos y obligaciones, sean muchos o pocos y aún siendo uno solo. La capacidad, no es un derecho en sí misma, sino condición y presupuesto de todos los derechos, está ligada a relaciones jurídicas concretas, por ejemplo, la capacidad para suceder. La personalidad se nos ofrece como inalterable.

Ambas variantes son criticadas por las posibilidades que abren a la comisión de delitos o fraudes para la consecución de determinados efectos jurídicos.

- Teoría ecléctica: El Código Civil español de 1889 acogió esta doctrina⁸ que establece que la personalidad se origina con el nacimiento pero retrotrae sus efectos al momento de la concepción reconociéndole al concebido derecho solo en los extremos que le sean favorables. Esta teoría partiendo de una ficción concede personalidad al concebido pero la misma además de relativa (solo en lo que lo favorezca) es condicional pues tiene que cumplirse el requisito del nacimiento vivo del concedido, o sea, el reconocimiento de la personalidad solo se produce con el nacimiento y en ocasiones se exige además la viabilidad legal o fisiológica.

- Teoría psicológica: Esta teoría basa la adquisición de la personalidad legal en el hecho de la presencia en el individuo del sentimiento o conciencia de ello, tomando a su vez como punto de partida la personalidad psicológica del propio sujeto.

⁹ El autor citado en su libro de texto ***Derecho Civil Común y Foral***, volumen 1, señala que capacidad es sinónimo de personalidad, pues implica aptitud para derechos y obligaciones, o, lo que es igual, para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas.

La capacidad está sujeta a oscilaciones. Se puede ser incapaz para suceder pero no por ello es más o menos persona.

I.2.1 Posición del Código Civil cubano

El Código Civil cubano recoge en su artículo 28¹⁰ la capacidad jurídica distinguiéndola entre capacidad de derecho: como aptitud para ser titular de derecho, que es esencia, mero goce, que corresponde a todos los seres humanos por el hecho de serlo y aptitud para el ejercicio de aquellos, llamada capacidad de obrar o de hecho, es potencia y se manifiesta en la capacidad negocial, es decir, aptitud para establecer por sí mismos actos jurídicos válidos, lo que requiere de inteligencia y voluntad; capacidad penal, respecto a la posibilidad real para responder por los actos delictivos cometidos y capacidad procesal, como presupuesto procesal para establecer eficazmente procesos judiciales.

Resulta entonces que la capacidad jurídica se presenta de dos formas:

- capacidad de derecho o capacidad de goce, y;
- capacidad de obrar o capacidad de ejercicio.

Con respecto a la primera se ha señalado lo siguiente: la capacidad de derecho supone una posición estática del sujeto. Es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico. Genéricamente considerada reúne los caracteres de fundamental porque contiene en potencia todos los derechos de que el hombre puede ser sujeto. Ahora bien, considerada en concreto, o sea, con aplicación a derechos determinados, la capacidad de goce es susceptible de restricciones, a título excepcional y por virtud expresa de la ley. No todas las personas gozan de todos los derechos, algunos se conceden solo a partir de una determinada edad y otros se prohíben. Se habla entonces de capacidades especiales y prohibiciones.

Por otro lado y con relación a la segunda se plantea que la capacidad de obrar es contingente y variable. Es la capacidad de dar vida a actos jurídicos; de realizar

¹⁰ El Código Civil cubano en su Artículo 28.1 refiere que la persona natural tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento.

acciones con efectos jurídicos, ya produciendo la adquisición de un derecho u obligación; ya su transformación o extinción, ya su persecución en juicio. Si para la capacidad de derecho, de goce o de adquisición basta la existencia de la persona, para la capacidad de ejercicio, de hecho o de obrar se requiere inteligencia y voluntad (conciencia actual) y como estas condiciones no existen en todos los hombres ni siempre en el mismo grado, la ley niega unas veces en absoluto esa capacidad, y en otras la limita y condiciona¹¹.

Esta distinción de la capacidad en las dos variantes apuntadas anteriormente no existió siempre, por ejemplo, en el sistema romano¹² no fue acogida, incluso inicialmente se hacía una triple distinción de la capacidad, como capacidad jurídica, capacidad de obrar y capacidad civil, que incluía las dos primeras.

En definitiva, al margen de cualquier clasificación en cuanto a la valoración de la capacidad para ser sujeto de relaciones jurídicas, tendría mucho que ver la capacidad inherente, natural o civil del hombre, desde el punto de vista de su posibilidad de disfrutar de determinados derechos subjetivos y la potestad para ejercitar el contenido de dichos derechos. Podría decirse entonces que todas las personas poseen capacidad, siendo imprescindible precisar el ejercicio efectivo de ella en cada una de las etapas de su vida atendiendo a razones de edad y de enfermedad que pudieran situarlos en una posición de incapacidad o de capacidad limitada.

Según criterio de DIEZ-PICAZO “la capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, toda persona por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica. En tal sentido se califica como un atributo o cualidad esencial de ella. La capacidad de obrar se presume plena como principio general, como corresponde al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad. Por tanto las limitaciones han de ser expresamente establecidas (por ley o sentencia)”¹³.

¹¹ Esta definición es la manejada por CASTÁN TOBEÑAS en su libro de texto *Derecho Civil Común y Foral*, volumen 1.

¹² Sobre el tratamiento de la persona en Roma y el origen etimológico de la palabra, Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., CARRERAS CUEVAS, D. y YÁNEZ ROSA M.,(1982) *Manual de Derecho Romano*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, pág. 42 y ss.

¹³ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTERO, A (1984), op. cit., pp.224.

A las personas naturales jurídicamente se les divide atendiendo a su capacidad entre capaces e incapaces, estableciendo dentro de esta categoría la distinción entre capacidad de hecho y capacidad de derecho, valoración de la cual se desprende todo lo relativo a la incapacidad de obrar legal, es decir, determinada por la ley, que puede ser restringida o total en dependencia de la edad y de la enfermedad mental, provocando un estado civil de menor de edad o incapacitación, declarada esta última judicialmente.

De igual forma nos podemos referir a la incapacidad natural, es decir, a la inidoneidad de cumplir actos jurídicos o a la capacidad de obrar sin efectos jurídicos. Se realza entonces la importancia de la capacidad natural, ya que en definitiva, siempre se tiene capacidad jurídica, pero no siempre de obrar por dos motivos: o no haber alcanzado la mayoría de edad (menor de edad) o no tener la suficiente aptitud psíquica o capacidad natural¹⁴.

Como principio general aplicable a la capacidad de obrar hay que mencionar el consistente en que la misma se presume plena, es decir, que toda persona se presume capaz y toda causa limitativa de su capacidad de ejercicio hay que probarla. Vale argüir entonces que la persona como sujeto de derecho con respecto a su capacidad de obrar, puede:

- Carecer totalmente de ella.
- Tener limitada su capacidad de obrar; la posee parcialmente.
- Gozar a plenitud de su capacidad de obrar.

En tal sentido la normativa civil cubana en 29.1, 30 y 31 reconoce que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años; autoriza a los que han cumplido los 10 años a realizar determinados actos jurídicos y estima sin capacidad al resto de los menores¹⁵.

¹⁴ ALBALADEJO, M., *Derecho civil. Introducción y parte general*, decimoquinta edición, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 230-231, cita realizada por RODRÍGUEZ CORRÍA, R.: ***El menor de edad ante la responsabilidad civil***, Ponencia presentada en la III Conferencia Internacional de Derecho Civil y Familia, Santa Clara, Cuba, febrero del 2004.

¹⁵ El Código Civil cubano en su Artículo 29.1. expresa la plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere a) Por arribar a la mayoría de edad, que comienza a los 18 años cumplidos; y b) por matrimonio del menor. Por su parte el Artículo 30. regula que tienen restringida su

Todo lo cual significa que después de los 10 años está restringida la capacidad pudiendo hacer solo los actos que consiente la ley, por ejemplo, se les permite disponer del estipendio que les ha sido asignado, cuando alcanzan la edad laboral de la retribución que perciban por su trabajo y no es hasta cumplidos los 18 años que se les considera mayores de edad, pudiendo actuar de manera válida en la vida jurídica.

“La minoridad no es entendida como discapacidad, dada su generalidad y temporalidad, es una fase normal y natural del desarrollo humano, pero es causa limitativa de la capacidad de obrar, que puede restringir aquella, incluso, hasta la incapacidad total en los primeros años de vida”¹⁶.

Esta regulación permite apreciar que el menor de diez años de edad carece de capacidad para realizar actos jurídicos, por lo que del nacimiento hasta esa edad es intrascendente al derecho, si existe otra causa de incapacidad de la persona, ahora la ley a partir de los diez años de edad del menor le restringe la capacidad y le autoriza realizar los actos que se refieren en el artículo 30 inciso a del Código Civil, el caso de los menores de edad que ya arribaron a los diez años de edad y no han alcanzado la mayoría de edad no se encuadran en los supuestos del artículo 31 ya que el inciso b reserva la carencia de capacidad para los mayores de edad que han sido declarados judicialmente incapaces, por lo que la norma en este sentido es omisa, situación que podría resolverse con la posibilidad de declarar la incapacidad legal a partir de dicha edad, sin esperar a que alcance los 18 años.

En tal sentido consultamos autores como Inés Torres Roig que a su vez cita a otros partidarios de esta misma posición como Pérez González y Díaz Magrans. Esta importante reforma deberá introducirse tanto en el orden sustantivo como en el

capacidad para realizar actos jurídicos, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria :a) Los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo; b) los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento; y c) los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco. Dicha norma legal en su artículo 31 establece que Carecen de capacidad para realizar actos jurídicos: a) Los menores de 10 años de edad; y b) los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes y finalmente el artículo 32, regula la incapacidad de las personas referidas en los artículos anteriores se suple en la forma regulada en el Código de Familia y en la ley procesal civil.

¹⁶ Referido por LA DRA CARIDAD VALDÉS DÍAZ en su artículo ***Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana.*** CD-ROM

procesal, o sea, normar la posibilidad de *incapacitar a un menor de edad* cuando concurriendo en ellos causas de incapacitación, y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad, pensemos en la posibilidad de ajustar nuestras normas al concepto de capacidad progresiva del menor, donde este podría ejercitar determinados actos jurídicos acorde al grado de sus facultades, madurez y competencia o simplemente en las disposiciones del artículo 30, apartado 1, en cuanto a la capacidad restringida, en dicho caso, una vez arribado a la mayoría de edad se sujetara el declarado incapaz a la institución de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, propuestas introducidas en la modificación del Código de Familia en sus artículos 120 y 121,¹⁷ debiendo revisarse la primera de las propuestas cuando dice ... *cuya incapacidad haya sido diagnosticada oficialmente por el sistema nacional de salud...*, debiendo incorporarse y declararse *judicialmente*.

Expresa Pérez González, que la evaluación psiquiátrica de un menor puede requerirse, a partir de cierta edad, para establecer si la persona posee el nivel de desarrollo que se corresponde con el nivel de capacidad, parcial o restringida, propio de la edad cronológica en cuestión, pero esto ocurrirá siempre en función de un proceso de incapacidad, a tenor de lo cual en Cuba, pudieran ser peritadas personas desde los diez años, en otros países a partir de aquella en la que se reconoce que el sujeto adquiere cierto grado de capacidad.¹⁸

A decir de Díaz Magrans, resulta una contrariedad, cuando el menor que ha arribado a la edad de 10 años, que le permite alcanzar la capacidad restringida, presenta una enfermedad mental que provoca en él la ausencia de inteligencia y voluntad, situación en que cabría preguntarse si es necesario y de que forma podría decretarse la falta absoluta de capacidad de obrar, la primera pregunta, por encontrarse aún sujeto a la patria potestad y la segunda por no existir un procedimiento específico previsto en ley

¹⁷ Cfr. Artículo 120... " La patria potestad con relación a los hijos e hijas menores de edad incapaces, cuya incapacidad haya sido diagnosticada oficialmente por el sistema nacional de salud, queda prorrogada judicialmente al llegar aquellos a la mayoría de edad.

Artículo 121... " El Tribunal restablece la patria potestad cuando el hijo o hija mayor de edad, sea declarado judicialmente incapacitado siempre que no haya formalizado matrimonio. Versión 7ma, de la Modificación al Código de Familia.

¹⁸ PEREZ GONZALEZ, *Manual de Psiquiatría Forense*, Ob., cit., ps.112 y 113.

para ello, aunque afirma que nada impide que tal declaración pueda tramitarse por la vía regulada en los artículos 586 al 588 de la Ley de Trámites Civiles ¹⁹.

El no estar previsto en la norma sustantiva, no es óbice para estimar la declaración judicial de incapacitación de un menor de edad, cuando como expresamos sea evidente la presencia de una enfermedad o deficiencia que sobrevenga a su mayoría de edad, sobre todo cuando en ley esté fijado el ejercicio de ciertos derechos al arribo de determinada edad, declaración que tendría acceso judicial por el propio proceso de jurisdicción voluntaria²⁰.

Hasta aquí cabe entonces distinguir que cuando estemos ante una declaración judicial de incapacidad sea de un mayor de edad o un menor de edad, estos serían los sujetos de sometimiento de las instituciones de guardaduría como la tutela, ya sea legal u ordinaria, administrativa o extraordinaria, la guarda de hecho y el acogimiento familiar, estas últimas cuando no se haya procedido a declarar la incapacidad en el caso de los mayores de edad y la patria potestad, tutela ya sea legal o administrativa, guarda de hecho o acogimiento familiar o arribando a la mayoría, declarado incapaz, la patria potestad prorrogada.²¹

1.2.2 La enfermedad como causa limitativa de la capacidad

Resulta también válido realizar algunas acotaciones referidas a la enfermedad como causa limitativa de la capacidad, restringiéndola o privándola, las que se tienen en cuenta por nuestro ordenamiento civil.

La enfermedad es tratada desde el punto de vista físico y mental, siendo de interés para el presente trabajo aquellas que pueden originar una incapacidad total, cuando la persona por consecuencia de ella sea incapaz para regir su persona y para administrar sus bienes.

Las enfermedades físicas o corporales, pueden originar una incapacidad jurídica parcial, restringiendo en algún modo la facultad de obrar (sordera y ceguera),

¹⁹ DIAZ MAGRANS, María Milagrosa, *La Persona Individual*, en Derecho Civil, Parte General, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p.109.

²⁰TORRES ROIG, INÉS: *Instituciones de Guarda Familiar de Protección a Incapacitados*. Publicado en CD editado por la ONBC, Conferencia Jurídica Nacional. Editorial CIABO.ONBC. Año 2009.

²¹Ibídem

constituyen un impedimento para realizar determinados actos o para ejercitar determinados derechos, sobre todo aquellas que privan la comunicación con el mundo exterior.

Las enfermedades mentales, al referirse al elemento psíquico del sujeto, pueden influir en su conciencia y libertad, exigiendo la declaración judicial de su existencia o de su cesación para que produzcan o no efectos jurídicos, concibe todas las alteraciones de las facultades mentales que le impiden a las personas gobernarse por si mismos.

Para los romanos²² las perturbaciones del organismo humano podían ser por razón del cuerpo y del espíritu, la sanidad del cuerpo podía faltar por enfermedad propiamente dicha (la impotencia, la castración, la sordera, la mudez, la sordomudez y la ceguera) o por defecto permanente del cuerpo (los furiosos, los imbéciles y los pródigos). Los locos e imbéciles estaban completamente incapacitados, excepto cuando el loco se encontraba en un período de lucidez. Para ellos las enfermedades físicas influían sobre los derechos si eran permanentes, sin embargo en cuanto a las enfermedades mentales, la influencia era constante pero en dependencia de su intensidad.

El Derecho germánico²³ concebía “mente sana en cuerpo sano”, de tal suerte no dispensaba valor a los actos de última voluntad hechos en el lecho de muerte, porque un defecto del cuerpo era equivalente a una insuficiencia del espíritu.

Actualmente los criterios legales se afilian al concepto de que las enfermedades pueden ser un impedimento para determinados actos, pero para que supongan una incapacidad tienen que ver afectada la inteligencia. La enfermedad mental permanente debe producirse por falta de desarrollo de las facultades psíquicas o por una alteración orgánica en el cerebro y facultades intelectuales.

La enfermedad o retraso mental en Cuba ha sido definida como la capacidad intelectual general significativamente inferior al promedio, que se acompaña de limitaciones de la capacidad adaptativa referidas a cómo afrontan los sujetos las actividades de la vida

²²Sobre el tratamiento de la persona en Roma y el origen etimológico de la palabra, Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., CARRERAS CUEVAS, D. y YÁNEZ ROSA M., *Manual de Derecho Romano*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1982.

²³Citado de tal forma en *Instituciones De Derecho Privado*, de MARTÍNEZ DÍE, Tomo IV, Volumen 2, Familia CIVITAS, 2002

diaria y cómo cumplen las normas de autonomía personal esperables de su grupo de edad, origen sociocultural y situación en la comunidad.

“El retraso mental más que una enfermedad se concibe como un estado de discapacidad que se reconoce en el comportamiento de la persona, caracterizado fundamentalmente por un funcionamiento intelectual significativamente inferior al de la media que puede limitar funciones comunicativas, de autodirección, seguridad, habilidades sociales y funcionales, las que generalmente se manifiestan antes de los 18 años de edad”²⁴.

En resumen, la enfermedad mental, en tanto es afección de la inteligencia y la voluntad constituirá causa modificadora de la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles. El Código Civil cubano no refiere conceptos definidos sobre enfermedad o retraso mental ni especifica qué enfermedades mentales pueden ser motivo suficiente para la declaración de capacidad restringida o incapacidad total, auxiliándose para ello de las ciencias médicas y los dictámenes periciales que brindan sus especialistas, quedando así complementado así el buen proceder de la justicia.

1.3 La discapacidad. Su tratamiento por la Organización Mundial de la Salud y en Cuba

Resulta sorprendente apreciar la heterogeneidad que caracteriza a los grupos humanos. Cada persona al nacer posee características anatómo-fisiológicas diferentes para su desarrollo en la vida. Así se presentan en algunas ciertas limitaciones o desventajas físicas, motrices, sensoriales, conductuales y mentales que conducen a que se les denomine personas discapacitadas, sin embargo estos seres humanos a través de los años han sido denominados por la sociedad y la jurisprudencia de diferentes formas que van desde los impedidos, limitados, inválidos, lisiados, dementes, minusválidos, locos, imbeciles, sin considerar que son personas que padecen retrasos mentales que pueden ser leves, moderados o severos, pero que en definitiva están carentes de autovalidismo, generando toda una serie de características

²⁴ COLECTIVO DE AUTORES, (2003), *Por la Vida, Estudio psicopedagógico-social de la población con retraso mental*, Casa Editora Abril, Pág. 105

que les impiden por el resto de sus vidas gobernarse por si mismos y hacer uso de su patrimonio.

La discapacidad es un problema actual de las ciencias humanas que no siempre atravesó por el camino de la comprensión, lo que primero llegó a tratarse como desgracia, una marca que condenaba a la persona a la hostilidad y la agresividad , más tarde se consideró como fenómeno humano, pero también condenado por una concepción fatalista sin posibilidades de concebir el cambio, la evolución y el desarrollo, es hoy un problema que recibe atención de múltiples factores sociales y de múltiples vertientes científicas.

Uno de los más importantes retos para la sociedad actual lo constituye la atención a personas que presentan alguna discapacidad, enfocada a mejorar su calidad de vida y a la integración social en igualdad de derechos.

1.3.1 Valoración de la discapacidad por la Organización Mundial de la Salud

La Organización Mundial de la Salud, en su Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías²⁵, distingue precisamente estos conceptos, definiendo cada uno de ellos, -nótese que no significan lo mismo-, de la siguiente forma:

-Deficiencia: toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Las deficiencias son trastornos en cualquier órgano, e incluyen defectos en extremidades, órganos u otras estructuras corporales, así como en alguna función mental, o la pérdida de alguno de estos órganos o funciones.

-Discapacidad: restricción o falta de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Engloba las limitaciones funcionales o las restricciones para realizar una actividad que resulta de una deficiencia. Las discapacidades son trastornos que se definen en función de cómo afectan a la vida de una persona.

²⁵ Clasificación Mundial del Funcionamiento de la Discapacidad y la Salud, aprobada el 22 de mayo del 2001 por la Organización Mundial de la Salud, ratificando el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 3 de diciembre de 1982.

-Minusvalía: situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o discapacidad, que lo limita o le impide desempeñar una función considerada normal en su caso, dependiendo de la edad, del sexo y de factores sociales y culturales. El término es también una clasificación de las circunstancias en las que es probable que se encuentren las personas discapacitadas. Esta situación de desventaja surge de la interacción de la persona con entornos y culturas específicos.

En resumen, la deficiencia es un estado patológico que se exterioriza por una manifestación clínica, el cual se puede localizar y explorar mediante examen físico del paciente por personal facultativo, es decir, la carencia o conjunto de carencias físicas, psíquicas o sensoriales que puedan afectar a un individuo, desde el principio de su vida, o de forma sobrevenida por una enfermedad o accidente; la discapacidad es consecuencia de una deficiencia, que produce una reducción total o parcial de la capacidad de llevar a cabo una actividad de modo normal o dentro de los límites considerados como normales y la minusvalía es el resultado de la discapacidad que limita o impide el cumplimiento de un papel considerado como normal dependiendo de las características propias y del contexto del individuo.

Desde el punto de vista de la atención a estas personas, en nuestro país el término discapacidad está formado por el prefijo *dis* que significa separación y la palabra *capacidad* que tiene que ver con la inteligencia, el talento y el estado óptimo para estimar a una persona por lo que tal definición, en definitiva, se utiliza como ausencia de estado óptimo, considerándolo menos segregativo para catalogar a una persona que otros como minusválido. De ahí que consideran que las discapacidades pueden ser físico-motoras, visuales, auditivas, mentales, orgánicas, mixtas o múltiples.

1.3.2. Protección de la discapacidad en Cuba

Cuba inmersa en esta problemática, dando continuidad a un arduo trabajo, instauró un Plan de Acción Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, respondiendo al Acuerdo No 4048 de 5 de junio del 2001, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, dicho acuerdo constituye un compromiso gubernamental en el contexto de política social, dentro de un marco intersectorial y multidisciplinario,

vertebrado a nivel nacional, provincial, municipal y local, donde se distingue entre deficiencia, discapacidad y minusvalía del siguiente modo²⁶:

-Deficiencia: Corresponde a la consecuencia inmediata del daño (accidente o enfermedad). Es toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica.

-Discapacidad: Consecuencia funcional de una deficiencia a nivel de persona, que le dificulta la realización de actividades propias a cualquier sujeto normal en sus mismas condiciones.

-Minusvalía: Es la consecuencia social, laboral, familiar, etc. que coloca a una persona portadora de una deficiencia y/o discapacidad en desventaja en relación a las otras personas de sus mismas características.”

Igualmente en Ginebra 8, 2004 la Misión Permanente de Cuba ante la Oficina de las Naciones Unidas y las Organizaciones Internacionales con sede en Suiza en Nota Verbal dio respuesta en relación con la aplicación en el país de la Resolución 2004/52 sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad ratificándose por el gobierno cubano que en el territorio nacional se ha llevado adelante una estrategia de desarrollo fundada en los principios de libertad, equidad, justicia social e inclusión, que ha colocado en el centro de atención al ser humano, potenciando su desarrollo integral, autorrealización y plena integración. A las personas con discapacidad ha correspondido un lugar destacado como beneficiarios y protagonistas de esta estrategia.

En otras palabras la discapacidad es la expresión social de la deficiencia, o sea, la persona ciega no es discapacitada hasta que no encuentra una situación particular en la cual el hecho de ser ciega le impide desempeñar una función particular para la cual el resto de la población vidente no encuentra dificultades.

Ha sido el desarrollo, el que ha llevado a la búsqueda de nuevas consideraciones que favorezcan las condiciones para el tratamiento, la atención y la asimilación de la existencia de personas con discapacidad en el seno de la sociedad moderna, siendo la

²⁶ Así fue citado por la Dra. CARIDAD VALDÉS DÍAZ en su artículo ***Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas, Una aproximación desde la realidad cubana***, consultado en CD-ROM

concepción social de la discapacidad la que mayor relevancia obtiene con respecto a su tratamiento, deja de ser un problema médico o educativo, para convertirse también en un problema social, ha sido la más amplia de las puertas que se ha abierto a las personas con discapacidad, permite ver más que la consecuencia biológica, la consecuencia social referente a sus posibilidades de adaptación y de acceso al medio donde se desarrollan, donde uno de los problemas es el que se refiere a los aspectos legislativos, atendiendo a la necesidad de protección y representación legal que tiene estas personas ante un ritmo de desarrollo cada vez más exigentes de las capacidades humanas.

Cuba que trabaja incesantemente por una sociedad donde todos los ciudadanos tengan las mismas oportunidades, dedica especial interés al examen de la discapacidad y a la atención a las personas que la presentan, muestra de lo anterior son los resultados del masivo estudio psicosocial de las personas con discapacidades y el estudio psicopedagógico, social y clínico-genético de las personas con retraso mental realizado en nuestro país y que finalizara en el año 2003, el que permitió conocer casuísticamente a 366 864 personas con discapacidad en diferentes grados, para una tasa de 3,26 por cada 100 habitantes²⁷.

Dicho estudio constituye la investigación más grande y abarcadora realizada, sin precedentes en el mundo, de incalculable valor pues proporciona datos considerados apreciables instrumentos para nuevos enfoques de este problema social, de los cuales no se exceptúan las cuestiones legales referidas a la capacidad de obrar de estas personas y las formas de suplir su falta en dependencia del grado de su ausencia.

El Código Civil cubano promulgado en el año 1987 no recoge expresamente el término discapacidad, más su articulado sí que alcanza a personas que padecen algún tipo de

²⁷Datos aportados en el estudio nacional a personas con enfermedad mental y otras discapacidades que por orientación del Comandante en Jefe Fidel Castro se inició el 27 de julio del 2001 por el Cotorro, Ciudad de la Habana y concluyó el 27 de Abril del 2003 en Pinar del Río, como parte de la primera etapa de uno de los programas de la Batalla de Ideas.

discapacidad, sobre todo en lo que concierne a la regulación de la capacidad de obrar.²⁸

1.4 Reflexión sobre la relación entre dos conceptos: Discapacidad e incapacidad total

“La discapacidad genera inseguridad personal, económica y laboral, implica muchas veces falta de acceso a los servicios básicos, maltrato y abuso, problemas escolares, discriminación, marginación y crisis de identidad personal y cultural. Nuestro objetivo, como modelo de atención, debe ser aquél que se sustenta en el paradigma de la inclusión y los derechos humanos. En otras palabras, tenemos que orientarnos hacia el respeto a la dignidad de las personas en que el individuo discapacitado es considerado un sujeto de acción y no un objeto susceptible de caridad”.²⁹

La discapacidad comporta la limitada capacidad de un individuo para realizar una actividad dentro del margen que se considera normal para un ser humano, pero ello no implica que esté imposibilitado de realizarla *per se*.

La persona discapacitada puede ejercitar todos los derechos que le son inherentes como miembro de una colectividad, porque a pesar de su deficiencia, su madurez intelectual y desarrollo físico se lo permite. Es por tanto un concepto más general y abarcador de múltiples situaciones donde para nada pone coto la capacidad de obrar del discapacitado.

Por otro lado la incapacidad total es una condición que afecta la capacidad de obrar de las personas y le confiere una situación especial, por lo que estamos frente a individuos que carecen plenamente de esta capacidad no debiendo tener escalas o graduaciones, como si lo tiene la capacidad, la que de limitarla, al ejercicio de ciertos actos, la estaríamos restringiendo y dando lugar a la capacidad restringida.

²⁸PÉREZ GALLARDO, LEONARDO, **“La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda”**. CD-ROM

²⁹Así lo dio a conocer el doctor ARMANDO VÁSQUEZ, asesor del Programa de Rehabilitación de la OPS, durante la conferencia: "Nuevo enfoque de la discapacidad e instrumentos de evaluación, difusión del nuevo clasificador de funcionamiento y discapacidad (CIF)", que dictó el lunes 28 de abril del 2003 en la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. Según CODDOU, Cecilia, "Personas con discapacidad: el derecho a una vida digna", <http://www.med.uchile.cl/noticias/archivo/2003/mayo/discapacidad.html>, consultada el 2 de marzo del 2005.

Para DIEZ PICAZO Y ANTONIO GULLÓN:... “la incapacidad, es un estado civil de la persona física que se declara judicialmente cuando concurre en ella alguna de las causas establecidas por la ley” es algo externo a la persona, es una declaración judicial resultado de un proceso o procedimiento seguido para alcanzarla”³⁰.

Los propios autores agregan que...”la mayor edad se caracteriza por ser un estado civil cuyo contenido es la plena independencia de la persona y la adquisición de una plena capacidad de obrar. La plena independencia es consecuencia de la extinción automática de la patria potestad a que está sometido todo menor. En orden a la capacidad de obrar la llegada a la mayoría de edad es la regla general, y la incapacidad una excepción que habrá que alegar, probar e interpretar restrictivamente”³¹.

La incapacidad es una situación de hecho, provocada por el padecimiento de una enfermedad o deficiencia física o psíquica, de carácter permanente, que priva a algunas personas de su capacidad de obrar. Para proteger a estos individuos que no poseen una voluntad consciente y libre, ni suficiente discernimiento para adoptar las decisiones adecuadas en la esfera personal, y/o en la de administración de sus bienes, la ley prevé la declaración de incapacidad. Al tratarse de un asunto tan grave y con consecuencias tan trascendentes, el ordenamiento jurídico impone que la incapacitación sólo puede declararse mediante resolución judicial, tras haberse tramitado el oportuno procedimiento.

La Constitución de la República de Cuba de 1976³², reformada en los años 1992 y 2002, aun cuando no refiere tampoco el término de discapacidad, si se pronuncia respecto a la protección de los desvalidos, ya sea por la edad o por razón de enfermedad física o mental, protección que se concibe mediante las prestaciones de la seguridad o de la asistencia social.

³⁰DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTERO, A (1984), op. cit., pp.260

³¹DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTERO, A (1984), op. cit., pp.248

³²Constitución de la República de Cuba, Artículo 49: Mediante el sistema de seguridad social, el Estado garantiza la protección adecuada a todo trabajador impedido por su edad, invalidez o enfermedad.

Artículo 50: El Estado protege, mediante la asistencia social, a los ancianos sin recursos ni amparo y a cualquier persona no apta para trabajar que carezca de familiares en condiciones de prestarle ayuda.

Artículo 51 El que sufre un accidente en el trabajo o contrae una enfermedad profesional tiene derecho a la atención médica y a subsidio o jubilación en los casos de incapacidad temporal o permanente para el trabajo.

Como se apuntara anteriormente en el Código Civil cubano, vigente desde el año 1987, ni se aborda el término de discapacidad, ni existe un mecanismo para la obtención de una declaración judicial de este tipo, estimando que no es necesario, pues si se parte del hecho cierto de que los discapacitados son seres humanos sin diferencias con relación al resto de las personas que no tienen los déficit físicos, sensoriales y psíquicos propios de aquellos, que conservan a plenitud la capacidad de derecho, entonces a los efectos del ejercicio de su capacidad lo que importa es el grado de impedimento que padezca el discapacitado, que le imposibilite un cabal ejercicio de sus derechos, que le limite parcial o totalmente el cuidado de su persona y bienes, ya sea en cuanto a la satisfacción de sus necesidades vitales o en la disposición y administración de su pertenencias.

El artículo 50 del Código Civil³³ brinda la posibilidad a toda persona de realizar actos jurídicos expresos o tácitos. Más el artículo alcanza su éxito cuando este precepto de magnitud general deja expedita la vía a los seres humanos con limitaciones para exteriorizar su voluntad oralmente o por escrito de cualquier modo comprensible, bien directamente por sí o mediante el auxilio de un intérprete, ello significa que el discapacitado como cualquier otra persona puede manifestar su voluntad y por ello obligarse en una relación o acto jurídico, a través de sus posibilidades reales.

“Desde el punto de vista semántico, es claro que capacidad y discapacidad aparecen como antónimos irreconciliables, como términos opuestos que indican extremos distintos, el tener o no tener capacidad, esto es aptitud para la realización de determinados actos”³⁴.

Esta afirmación es válida semántica y jurídicamente ya que no existe la más exacta igualdad entre los términos capacidad y discapacidad porque todas las personas que tienen capacidad restringida o sean incapaces pueden presentar una serie de discapacidades que los limita para desempeñar un cúmulo de actividades que se

³³El Código Civil cubano establece en su Artículo 50.1: Los actos jurídicos expresos pueden realizarse oralmente o por escrito. Artículo 50.2: Los actos jurídicos tácitos o los realizados por los que padezcan de alguna limitación que les impida expresar su voluntad oralmente o por escrito, pueden efectuarse de cualquier otro modo comprensible, directamente o por intérprete.

³⁴VALDEZ DÍAZ, CARIDAD DEL CARMEN, ***Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana***, consultado en CD-ROM

espera desarrollen en su vida cotidiana, lo cual no indica que necesariamente todos los discapacitados tengan que irremediabilmente padecer alguna limitación de su capacidad total o parcial.

De lo que se viene exponiendo se puede concluir perfectamente que discapacidad e incapacidad total son conceptos que se relacionan entre si pero que no coinciden plenamente. Tienen en común a la persona con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales, pero difieren porque la discapacidad no presupone inmediatamente la restricción o pérdida total de la capacidad, en cambio los incapacitados si serán siempre discapacitados.

La capacidad jurídica sólo se perderá con la muerte y la tiene toda persona con independencia de su edad, estado civil y de su salud mental o física. En virtud de ella todas las personas, incluidas las afectadas por una incapacidad, pueden ser titulares de derechos y obligaciones, pero para ejercitar unos y cumplir los otros es necesario un complemento.

La incapacidad ha sido concebida como la falta de capacidad civil por causas que restringen o modifican la capacidad de obrar, lo cual tiene que ver con la imposibilidad del sujeto de regir su persona y sus bienes. Mientras una persona no está incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice, no obstante una vez incapacitado todos los actos que realice son nulos o ineficaces, sin necesidad de prueba en contrario.

“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”.³⁵

³⁵ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo tercero, Ed. Reus, Madrid, 1988, pp. 507. Obra citada por la Dra Caridad Valdés en su artículo *Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana*, consultado en **CD-ROM**

1.5 La incapacitación total

La incapacitación es el mecanismo jurídico previsto para aquellos casos en que enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico impiden a una persona gobernarse por sí misma, teniendo como objetivo la protección de los intereses y derechos del incapacitado, tanto a nivel personal como patrimonial.

En todo caso, la incapacitación tiene por finalidad posibilitar que personas sin capacidad, o con su capacidad disminuida, puedan actuar los primeros a través de sus representantes legales y los segundos con auxilio de complemento para la realización de determinados actos jurídicos pre-establecidos.

La incapacitación legal no conlleva la pérdida de derechos, sino que brinda la oportunidad al incapaz de ejercer sus derechos y hacer valer sus intereses con el apoyo de otra persona.

La resolución judicial de incapacitación tiene el efecto que una persona mayor de edad vuelve a una especial "minoría de edad". Esta resolución declarará la incapacidad total, en el caso de que se aprecie que el demandado no es capaz de cuidar de su persona, ni de administrar sus bienes.

Esto significa que la incapacitación, en principio, no tiene por qué perdurar toda la vida. Sin embargo, no es habitual que una persona recupere su capacidad, pues ello implicaría que han desaparecido las enfermedades o deficiencias persistentes, físicas o psíquicas, que determinaron la declaración de incapacidad.

Más abundantes serán los casos en que se declara una incapacidad parcial y al agravarse los padecimientos con el transcurso del tiempo, se inicia un nuevo proceso para que se declare la incapacidad total.

En resumen, el estado civil de incapaz supone una limitación de la capacidad de obrar, pero no idéntica para todos los incapaces, por lo cual cuando se declare la incapacitación también se determinarán los límites y extensión de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que ha de quedar sometido el incapacitado. Ese estado civil siempre debe ser graduado por la autoridad judicial que la haya pronunciado y la

limitación de capacidad ha de ser necesariamente sustituida o completada por otra persona.

I.5.1 La incapacitación en Cuba

Dentro del derecho la capacidad natural y jurídica de la persona reviste especial importancia. De ahí la atención que debe prestársele a todo lo concerniente a la privación de la capacidad de obrar, aun cuando la intención sea lograr una protección más apropiada a sus intereses personales y patrimoniales.

Mientras una persona es menor de edad está amparada por la patria potestad que, normalmente, será ejercida por ambos progenitores. Los padres actúan por sus hijos menores, supliendo su falta de capacidad. Al cumplir los dieciocho años, la persona adquiere la plena capacidad de obrar.

En cuanto al procedimiento la ley procesal cubana regula la tramitación del expediente de incapacidad del Artículo 586 al 588, más de su simple lectura puede corroborarse que constituye un pronunciamiento imprescindible la provisión de tutela, como única forma de guarda aceptada en la legislación familiar.

En el artículo 586 de la LPCALE, se establece que para la declaración de incapacidad de una persona, por razón de enajenación mental o sordomudez, para ejercitar por sí las acciones y derechos de que sea titular, se formulará solicitud con expresión del nombre, estado civil, domicilio o residencia actual del presunto incapaz, enfermedad que sufre, bienes suyos conocidos que deban ser objeto de protección judicial y parentesco con el mismo solicitante, acompañándose certificado del médico de asistencia, formulación que contiene un pronunciamiento expreso contentivo de la voluntad estatal de garantizar la protección del patrimonio del incapaz.

En el artículo 587 se regulan las personas que podrán formular dicha solicitud: el cónyuge; la persona a quien, en su caso, correspondería deferirle la tutela; cualquiera de los parientes que pudieran heredarlo abintestato; el Fiscal, si no lo hiciere alguno de los anteriormente mencionados.

En el Artículo 588 se preceptúa que el Tribunal hará examinar al presunto incapaz por dos médicos distintos del de asistencia, a fin de que informen acerca de la realidad y grado de su incapacidad. Lo examinará personalmente y citará y oírá al cónyuge o

pariente más próximo que no haya formulado la solicitud. El Tribunal, visto el informe de los médicos, o sí, conforme a su impresión personal, lo estimare conveniente, podrá disponer otras medidas para confirmar o no dicha incapacidad. Comprobada ésta, declarará la incapacidad y proveerá a la tutela del incapacitado.

Resulta esclarecedor el Acuerdo 58, Dictamen No.186 de 8.8.84 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, respecto a la obligación en que está el Tribunal que conoce de un expediente de incapacidad de proveer la tutoría, sin necesidad de un nuevo expediente.

En cuanto a la tramitación la ley de trámites cubana establece la concurrencia de varios medios de pruebas que deben ser practicados a través de este procedimiento especial de incapacidad, apreciándose que el tribunal ordenará una vez recibida la solicitud la práctica del reconocimiento judicial y de la pericial, precisando las siguientes diligencias:

1. Examen del presunto incapaz por dos médicos distintos al de asistencia cuyo certificado debe acompañarse a la solicitud de declaración de incapacidad presentada al Tribunal.
2. Exploración judicial personal del presunto incapaz.
3. Audiencia de parientes más próximos que no hayan formulado la solicitud.

Además de las enunciadas, el juez dispondrá de oficio aquellas que considere importantes para la toma de decisión final, tratando de corroborar la capacidad natural del presunto incapaz y sus habilidades relativas a su cuidado, adaptación a la comunidad, comunicación, vida en el hogar, habilidades sociales, utilización de la comunidad, habilidades académicas, tiempo libre, trabajo, administración o disposición de su patrimonio, entre otras. Asimismo de la práctica de la audiencia de parientes, conocerá sobre la disponibilidad o no de familiares y su idoneidad para ejercer el cargo de tutor.

En ambos procedimientos nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal. Resulta de indudable valor la labor médica, entrando en juego el facultativo mediante su dictamen, dirigido a asesorar al Juez. Se hace preciso, que en estos procesos intervenga un médico como perito.

La definición legal de las causas de incapacitación debe precisar tres aspectos³⁶:

- El diagnóstico, es decir, si existe o no enfermedad o deficiencia física o psíquica.
- El grado de aptitud o autonomía que dicha patología permite tener a la persona afectada, esto es, su capacidad de autogobierno
- La persistencia o expectativas de remisión de la enfermedad o deficiencia.

Lo importante no es tanto la existencia de determinada patología como entidad diagnóstica, sino las repercusiones concretas que tiene sobre la persona, lo que obligará a examinar la situación particular de cada paciente y todas sus circunstancias personales, socio familiares y del entorno, así como la duración probable o previsible de la patología y su incidencia en el futuro.

Entre los requisitos³⁷ que debe reunir cualquier enfermedad para que pueda constituir causa legal de incapacitación encontramos los que se precisan a continuación:

1. *El impedimento para el autogobierno*: la capacidad de autogobierno se refiere al comportamiento normal y corriente de una persona de acuerdo con su vida, relaciones personales y sociales e intereses económicos. No tener capacidad de autogobierno supondrá que esa persona no puede actuar de acuerdo con los moldes y funcionamiento social del marco en que se encuentra.

Con respecto a la autonomía se suele exigir al perito médico que se pronuncie sobre lo siguiente:

-*Autonomía personal* o aptitud para realizar por sí solo funciones de nutrición, aseo, cuidado personal, seguridad.

-*Autonomía doméstica* o aptitud para afrontar situaciones para las cuales el sujeto ha sido adiestrado previamente sin necesidad de ser estimulado cada vez que se enfrenta a ellas, reconociendo dichas situaciones como idénticas a aquellas para las que tiene esquemas de conducta establecidos.

³⁶ Los aspectos enunciados son recogidos en el Artículo 200 del Código Civil español.

³⁷ Tales requisitos fueron explícitamente detallados en el trabajo denominado **La capacidad y la incapacidad civil. La incapacitación. Conceptos**, de la autora MENOR ODRIÓZOLA, <http://www.med.uchile.cl/noticias/archivo/2003/mayo/discapacidad.html>, consultado el día 18 de Diciembre de 2008.

-*Autonomía social*, cuando el sujeto es capaz de afrontar situaciones nuevas, esto es, que sea capaz de adaptarse, adquirir experiencia y utilizarla. Un sujeto con autonomía social puede adaptarse, dirigir sus actividades hacia una meta, presentar proyectos de futuro adecuados, controlar sus impulsos, entre otras.

2. *La persistencia de la enfermedad o deficiencia*: De no existir, no es posible la incapacitación. Es necesario que sea de manera previsible lo suficientemente duradero el trastorno a lo largo de un prolongado periodo de tiempo, o sea, que el padecimiento sea crónico o de larga duración.

Del minucioso examen del proceso judicial cubano se aprecia que para la declaración de una incapacidad total se discurre por los trámites de jurisdicción voluntaria, por ser un acto que no promueve cuestión entre partes y no deriva perjuicios para terceros. El referido proceso se caracteriza por una doble presencia de los principios de interés de parte y de motivación pública pues pueden iniciarse tanto por familiares y allegados del presunto incapaz como a través de la figura del fiscal. Además, una vez incoado, las pruebas y diligencias pueden practicarse de oficio. En cuanto al procedimiento una vez presentada la solicitud es competente el Tribunal Municipal Popular para conocer del asunto por ser un proceso sobre el estado civil de las personas³⁸. Se mantienen vigentes los principios de escritura, básicamente en la solicitud y los documentos que la acompañan que servirán como prueba documental, y de oralidad en la práctica de las pruebas. El principio de concentración condiciona la agilidad en la tramitación y solución del proceso.

El proceso de incapacidad español posibilita la especialización, de forma que son los Juzgados en la materia de incapacitación los únicos que conocen los asuntos referidos a estos casos de enfermedades mentales.

En Cuba una vez terminado el proceso de declaración de incapacidad, si se declara con lugar el tribunal puede pronunciarse decretando una incapacitación plena, es decir, la privación o protección de la capacidad es total, pues afecta de forma absoluta y

³⁸ Dicha regulación la establece el artículo 5, apartado segundo, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico en tanto plantea: Los Tribunales Municipales Populares conocen, en materia civil, de los procesos sobre el estado civil de las personas y los que se susciten por la aplicación del Código de Familia.

completa a la esfera personal y patrimonial del incapacitado. La extensión de la incapacitación es para todos los órdenes de su vida debiendo quedar bajo el régimen de guarda de la tutela, como única forma de guarda posible, establecida en el Código de Familia vigente.

En el proceder judicial español se aprecia que el juez establecerá, para la protección de la persona y patrimonio del incapaz, la tutela u otra forma tuitiva, que no tienen por qué ser alternativas excluyentes, sino que afianzarían más la protección del incapacitado. Por su parte, existe la posibilidad de declarar en la sentencia la incapacidad parcial, cuando se estime que el demandado puede realizar determinados actos por sí solo y que es capaz de adoptar algunas decisiones que atañen a su persona; pero que, para actos de mayor trascendencia o complejidad necesita el auxilio de otra persona. En este supuesto, la sentencia debe especificar qué actos puede el incapaz realizar por sí mismo y para qué actos necesita asistencia. Como puede apreciarse, la sentencia de incapacitación debe adecuarse a la protección que necesita cada individuo, a sus especiales condiciones, insuficiencias y necesidades de apoyo. En tal sentido, la sentencia determinará la persona o institución que va a ejercer la guarda del incapaz, nombrando tutor o curador al interesado, prorrogando o rehabilitando la patria potestad de sus progenitores, o determinando otra forma de guarda establecida legalmente.

De la regulación de los artículos 586 al 588 de nuestra ley procesal se corrobora la no previsión expresa de revisión del expediente de incapacitación ante la variación del estado mental o físico del incapacitado, lo que podría ocasionar dudas sobre una firmeza definitiva. La resolución judicial de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida, por lo cual toda resolución dictada deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si debe o no mortificarse la extensión y los límites de ésta. Por lo anterior podemos considerar que los pronunciamientos en cuanto a incapacidades totales no tienen fuerza de cosa juzgada material, por la posibilidad de un cambio de las circunstancias que produjeron la decisión judicial inicial, esta puede modificarse totalmente en otro proceso posterior, aun cuando no se prevé

expresamente la revisión del expediente de incapacidad ante la variación del estado mental o físico del incapacitado.

No establece la ley expresamente dentro de la regulación abordada que puedan ser solicitadas medidas cautelares, a instancia de parte, por los familiares, el Ministerio Fiscal o el propio Tribunal una vez ha conocido la solicitud. La práctica del procedimiento niega un tanto su procedencia, pudiendo darse el caso de necesidad de garantizar la protección personal y patrimonial del presunto incapaz hasta que exista una persona de guarda o bien se desestime la solicitud, atendiendo a la capacidad natural de los sujetos, de modo que la declaración judicial sea lo más fiel posible a su comportamiento verdadero. Son numerosos los actos personales y patrimoniales que pueden adoptarse en medidas cautelares, tales como internamientos, intervenciones médicas, tratamientos ambulatorios, bloqueos de cuentas, anotaciones preventivas en los registros, entre otros, que redundarían en beneficios al incapaz.

De lo anterior queda evidenciado que es imperioso revisar lo dispuesto legalmente sobre el tema en el orden procesal, que está destinado inexorablemente a urgentes ajustes legales en tema de declaración judicial de incapacidad.

Toda legislación que se precie de pugnar por el amparo de aquellas personas en situación de inferioridad jurídica, debe hacer descansar su normativa en tres principios fundamentales: la pluralidad de guarda, la graduabilidad de la incapacitación, y la determinación de ambos extremos en el contexto de un proceso judicial civil contradictorio, o, preferentemente, en el contexto de un proceso especial en materia familiar³⁹.

I.6 Necesidad de complemento de la capacidad a través de la representación legal

En la persona que goza de plena aptitud al presentar una de las circunstancias limitativas o modificativas de su capacidad, permanece su capacidad jurídica, sin embargo pasa a ser alguien que para obrar no tiene el discernimiento necesario, no pudiendo comprender el alcance de sus actos, razón que impone suplir dicha falta con

³⁹Abordado de tal forma por ANA MARÍA ÁLVAREZ TABÍO ALBO en su trabajo "*Evolución del concepto de curatela: Curatela y Discapacidad*, CD ROM.

la representación, que consiste en la facultad de celebrar actos jurídicos en nombre de otra persona.

“La falta de plena capacidad no significa que el ordenamiento se desentienda de la protección de los intereses y derechos del que la sufre. Establece, por el contrario, normas apropiadas a esos fines, instituyendo la representación legal del incapacitado”⁴⁰.

En virtud de la representación un sujeto, representante, está legitimado para realizar los actos que implican ejercicio de un derecho o facultad cuya titularidad corresponde a otra persona, representado. El fundamento de la legitimación del representante y la esencia de la representación misma, es el poder suficiente para participar en un acto en nombre del representado y con efectos únicamente para éste.

La representación consiste en posibilitar la actuación jurídica de una persona por medio de un tercero o representante, el cual exterioriza una voluntad susceptible de producir efectos jurídicos, o sea, es aquella actividad por la cual, sustituyendo ante terceros la persona o la voluntad del representado y actuando por cuenta de él, las consecuencias de la conducta del representante recaen en el representado.

En otras palabras, la representación es el otorgamiento (por convenio o por ley de facultades al representante. El poder de representación deriva de la ley o de la voluntad del representado, por ello la representación es concebida en sus dos variantes.

En tal sentido, en la representación legal, el representante es designado por la ley para que gestione los intereses de un incapaz. Suple la falta de capacidad del sujeto. El representante legal tiene autonomía para la gestión de los negocios del representado; su voluntad no depende de la voluntad del representado. La representación legal es obligatoria.

⁴⁰DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTERO, A (1984), op. cit., pp. 231

“La representación legal estricta se da cuando se produce plena, total y completa sustitución del representado por el representante y cuando además el representado no pueda tener en el acto ninguna intermediación”⁴¹.

La patria potestad o la tutela, como formas de representación legal, suponen incapacidad del representado, con independencia de si taxativamente la ley dispone quienes son los representantes o si es la instancia judicial quien lo determina, por supuesto en virtud de una disposición legal.

“La representación legal es un medio para suplir un defecto de capacidad de obrar de determinadas personas o un medio para evitar el desamparo de bienes cuyo titular no se encuentra en condiciones por sí mismo de asumir su gobierno. El representante es el único autor del negocio, la única voluntad a tener en cuenta es la suya. El negocio no lo puede hacer por sí mismo, la única posibilidad de actuación es mediante representante. Tiene su ámbito en la necesidad de suplir la imposibilidad jurídica de actuación de la persona”⁴²

La representación nace con el fin de proteger y complementar la capacidad de obrar de aquellas personas que la tienen restringida o no la tienen por su propia naturaleza o aquellas que por ministerio de la ley no la poseen. Dicha representación de los incapaces tiene su fundamento en la necesidad de suplir la incapacidad de obrar de las personas. Así puede decirse que la representación de los menores corresponde a las personas que ejercen la patria potestad; la de los menores e incapacitados sometidos a tutela pertenece al tutor.

Se considera a la representación como la autorización concedida en ley por la persona interesada mediante un acto jurídico, en virtud de la cual el representante tiene facultades para sustituir al representado, ocupando su lugar como sujeto de la relación jurídica, según ALBALADEJO “es, evidentemente, distinto el obrar en nombre de otro, que

⁴¹Lo anterior fue expresado por DIEZ PICAZO y citado debidamente por la Dra. MARTHA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ en su Artículo *La responsabilidad civil*, consultado en CD ROM

⁴² DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTERO, A (1984), op. cit., pp. 535

obrar bajo el nombre de otro. En un caso hay representación y en el otro falsificación o suplantación”⁴³.

Cuando el sujeto no puede ejercer por sí los actos se aprecia una incapacidad de hecho tipificada en aquellos casos de personas que no pueden realizar ningún acto en razón de su imposibilidad por no poseer discernimiento, por insuficiencia de su desarrollo mental o por no poder manifestar su voluntad, siendo necesario el elemento volitivo para la concreción de cualquier acto jurídico, impidiendo ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones, que se suple por vía de la representación necesaria, que tiene lugar cuando se asigna una persona para que sustituya al incapaz en el ejercicio de los derechos de éste y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido, actuando el representante por su sola iniciativa y sin concurso de la voluntad del incapaz. La representación será legal porque proviene de la ley y necesaria porque no puede prescindirse de ella.

El Código Civil cubano no define el instituto, sólo se limita a reconocer el fenómeno representativo por lo que en su artículo 56 señala que el acto jurídico puede realizarse por medio de un representante. Conforme a la norma no se limita que la representación opere únicamente en el ámbito de los contratos, sino todo lo contrario; admite una extensión amplia del fenómeno representativo, pudiendo ser utilizado en cualquier acto jurídico donde se manifiesta la voluntad de una persona con el propósito de producir efectos jurídicos.

La antemencionada norma civil reconoce la representación legal⁴⁴ en los artículos 57, 59, 60 y 65, en especial aunque otros artículos generales la reconocen. Además existen numerosos casos de representación legal en nuestro derecho, partiendo del citado artículo 32 del propio cuerpo legal, nos remitimos por mandato de ley al Código de

⁴³ ALBALADEJO GARCÍA, M.: (1958) “**La representación**”, en Anuario de Derecho Civil. Fascículo 1ro 4. Madrid, pág. 767

⁴⁴ El Código Civil cubano establece en su Artículo 57. El que actúa en nombre de otro es su representante legal, o voluntario, según sus facultades emanen de la ley o de un acto jurídico.

Artículo 59. El alcance de las facultades del representante legal viene determinado por la propia ley. Las del representante voluntario por la manifestación de voluntad del representado.

Artículo 60. Siempre que el representante legal tenga un interés opuesto a su representado, corresponde al fiscal la representación de este último.

Artículo 65. La representación legal se extingue por la terminación de la relación jurídica que la originó y, además, por las causas previstas en la legislación que la establece...

Familia en sus artículos referidos a la patria potestad sobre menores y a la tutela, ejemplos elocuentes de lo que constituye la representación nacida en la ley y no en la voluntad de los representados, en este caso, los hijos, limitados en la capacidad de obrar en razón de la minoría de edad.

Tampoco en materia de representación el Código de Familia cubano contiene en su articulado, precepto alguno dirigido a regular la situación que sobreviene en caso de menores de edad, de capacidad restringida pero convertidos en padres, es decir, padres menores de edad no emancipados; teniendo en cuenta el hecho natural de la procreación y su consecuencia jurídica, la filiación, se impone por lógica el ejercicio de la patria potestad, pero a los efectos de la representación legal, al carecer de capacidad de obrar para comparecer por sí mismos, en la práctica judicial y cotidiana, acontece que dichos padres menores para ejercitar acciones en representación del interés de los hijos procreados, deben acudir a su vez al concurso de sus padres.

La representación legal que venimos tratando incluye los actos de administración y los actos de disposición, siendo necesario detallar en la esfera patrimonial que la protección esta referida al hecho de que los incapaces tienen patrimonio propio distinto al de sus representantes, razón que hace imprescindible la administración de esos bienes por estos últimos.

Los actos de administración, tal y como se deriva del término, son actos jurídicos que según CASTÁN TOBEÑAS, recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, tienden ya a puesta en explotación de los mismos, ya a la percepción y utilización de sus productos, sin comprometer en modo alguno el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio⁴⁵.

Lógicamente los actos de administración siempre estarán asociados al adecuado uso, conservación y explotación del bien o bienes que integren el patrimonio del incapaz, obligación que les compete a sus representantes. La administración de los bienes en estos casos, tiene que ver con el término cuidar, ordenar, organizar los bienes y dosificar sus usos, para obtener mayor rendimiento de ellos o para que produzcan

⁴⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J: (1993), op. cit. pp. 247

mejor efecto. Tienen los representantes que tomar decisiones por sí mismo en los actos de administración y otras, con autorización judicial, en las cuales se verificará el logro de la máxima tutela de sus derechos en cada momento

La administración consiste en la facultad de dirigir, conducir o gestionar los [negocios](#) o asuntos económicos de otra persona. Quienes ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar los bienes que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización judicial competente para que quienes ejerzan la patria potestad no dispongan arbitrariamente de tales bienes.

Los padres administraran los bienes de los hijos conjuntamente y lo harán con la mayor diligencia es decir como si fueran los suyos propios, estableciéndose de esa forma un parámetro de diligencia media, no pronunciándose el Código de Familia respecto a qué bienes que deben excluirse de la administración ni estableciendo regulación alguna respecto a los frutos de los bienes de sus hijos, requiriéndose del auxilio del Código Civil aunque su tratamiento no permita suplir fehacientemente la omisión citada, acudiéndose además a la intervención del Fiscal en representación del hijo en el supuesto de conflicto de intereses con los padres, que también está prevista en el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico⁴⁶ así como en el artículo 25.2 de la Ley de la Fiscalía⁴⁷.

Los actos de administración en principio son aquellos relativos a la conservación, reparación y mejor disfrute de los bienes, definición que resulta bastante imprecisa y que suele incluso en algunas circunstancias llevar implícita la disposición para garantizar la integridad del patrimonio de los hijos para lo que se necesita previa autorización judicial. Entre dichos actos pudieran incluirse la renunciar a derechos de los que sean titulares los hijos, para realizar actos de enajenación sobre bienes inmuebles o bienes muebles de estimable valor. Dicha autorización debe ser previa, por causa justificada y para un hecho concreto, oído el parecer del Ministerio Fiscal en

⁴⁶La ley de trámites prevé en su Artículo 48 que el Fiscal representa y defiende a los menores, incapacitados y ausentes, hasta que se les provea de tutores, representantes o encargados del cuidado de sus personas y de la defensa de sus bienes y derechos.

⁴⁷La ley 83, Ley de la Fiscalía en su Artículo 25.2. establece que el Fiscal actuante tiene entre sus facultades: a) representar y defender a los menores que carezcan de representante legal o cuando los intereses de éste sean contrapuestos a los del menor;

estas autorizaciones, por ello el Código de Familia reconoce esta posibilidad de disposición para ceder, permutar o enajenar los bienes en interés de los hijos por causa justificada de utilidad o necesidad, requiriéndose siempre de la autorización del Tribunal competente y del dictamen favorable del Fiscal

Asimismo los actos de disposición⁴⁸ comprometen la titularidad del patrimonio del incapaz. En esencia, la disposición⁴⁹ es una de las facultades que ostenta el titular de un bien y abarca otras variantes como:

-Destrucción: el titular del bien puede destruir el bien objeto del derecho, pero si así lo hiciera se extinguirá el derecho porque no subsiste derecho real sin objeto. Se conoce que a esta facultad se le imponen límites determinados por el fin económico social del bien.

-Abandono: es cuando el titular voluntariamente se deshace de la cosa objeto de su derecho, deja el bien sin dueño y nace por tanto una posibilidad de adquisición por otro sujeto.

-Transformación: el titular modifica la cosa objeto de su derecho dominico, transformación que supone un cambio físico para ceder parte de la titularidad del dominio.

-Gravamen: consiste en la carga que el titular le impone al bien para establecer sobre éste a favor de otra persona un derecho real de garantía.

-Enajenación: comprende la potestad de transmitir intervivos la propiedad de un bien a otro sujeto. En la enajenación la transmisión puede ser onerosa o gratuita.

En resumen, la disposición es una de las facultades esenciales de los derechos de los propietarios. Es por ello que el propietario puede transferir su derecho a otra persona, onerosa o gratuitamente, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, entonces para aquellos casos en que los propietarios son menores, sus padres podrán hacerlo sólo en su

⁴⁸Expresamente el Código Civil cubano en el Artículo 129.1 establece que "La propiedad confiere a su titular la posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes conforme a su destino socioeconómico".

⁴⁹Tratado por RIVERO VALDÉS, O.: (2003) "**Temas de Derechos Reales**". Ed. Félix Varela. La Habana, pág 30-31.

interés y por causa justificada de utilidad o necesidad, previa la autorización del tribunal competente⁵⁰.

⁵⁰El Código de Familia en su Artículo 87 establece que los padres podrán, en interés de los hijos bajo su patria potestad, disponer de los bienes de los mismos, cederlos, permutarlos o enajenarlos por causa justificada de utilidad o necesidad, previa la autorización del tribunal competente, con audiencia del fiscal.

CAPÍTULO II: La representación legal del incapaz en la legislación cubana

La evolución que ha sufrido el Derecho de Familia influye en las actuales concepciones de las instituciones tutelares, sea con la reformulación de la noción tradicional de algunas de ellas, sea con la aparición de nuevos institutos de protección.⁵¹

II.1 Patria Potestad y Tutela: Únicas formas de representación legal de incapaces en Cuba

Declarada la incapacidad, total o parcial, de un individuo mediante sentencia judicial, el siguiente paso es nombrar a la persona que le va a representar o, en su caso, asistir en todos aquellos ámbitos de la vida y para todos aquellos actos que no pueda realizar por sí solo.

En Cuba solo está previsto en la legislación familiar como formas de representación legal: la institución paterno-filial de patria potestad⁵² para el caso de los menores de edad y en su defecto, la tutela⁵³, que también es la forma de guardaduría posible para los mayores de edad declarados judicialmente incapaces.

II.1.1 Patria Potestad

La patria potestad como institución jurídica que se ha transformado de forma constante, ha tenido cierta flexibilización desde su surgimiento atendiendo a la debilitación de la autoridad paterna, la igualdad de roles del hombre y la mujer, por lo que su tratamiento ha dependido en gran medida de los disímiles significados que ha tenido la familia en las diferentes etapas de la humanidad.

⁵¹Tal es el caso de la introducción en la legislación española, a partir del año 1983, de la patria potestad prorrogada, la rehabilitada, de la figura del defensor judicial, de la figura del guardador de hecho, y de la institución de la autotutela, o posibilidad que se le concede a una persona, en previsión de su futura incapacidad, de adoptar las disposiciones que estime convenientes, relativas a sí misma o a sus bienes. Dicha aseveración fue formulada por ANA MARÍA ÁLVAREZ TABÍO ALBO en su trabajo **Curatela y Discapacidad**, CD ROM.

⁵²El Código de Familia cubano recoge la patria potestad y su ejercicio en los artículos 82, 83, 84,85,86 y 87

⁵³La legislación familiar cubana establece amplias regulaciones respecto a la tutela de mayores de edad, que implican un riguroso control de sus funciones, fundamentalmente de administración de los bienes del tutelado. Puede revisarse los artículos del 151 al 161 del texto legal señalado.

La institución de la Patria Potestad como “poder sobre el hijo”, “poder de los padres”, “autoridad de los padres” pudiera definirse como el conjunto de deberes y derechos de los padres sobre la persona y el patrimonio de los hijos para realizar su misión natural e insuprimible de proteger y educar a la prole, como medida tuitiva para suplir la dependencia necesaria de estos. En esencia consiste en un régimen de protección de los menores donde se encomienda la protección de éstos a sus padres.

La patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, por lo que no debe su nacimiento al matrimonio, sino a la filiación que provoca automáticamente asumir los progenitores una serie de derechos y deberes con respecto al menor.

La citada institución paterno-filial se caracteriza esencialmente por su irrenunciabilidad, pues de ser renunciable provocaría un perjuicio irreparable para el hijo y la familia, además de un incumplimiento de sus obligaciones naturales con respecto a su prole; por su intransmisibilidad; imprescriptibilidad; así como por la generalidad, en tanto abarca los intereses personales y patrimoniales de los hijos, otorgando a los padres funciones de representación y administración.

ALBALADEJO GARCÍA al referirse al contenido normal de la patria potestad decía que ésta confiere a los padres la representación legal de los hijos y encierra un doble contenido personal y patrimonial⁵⁴.

La norma familiar cubana no contempla el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos menores. Según MANUEL ALBALADEJO el Código Civil español de 1989 antes de ser reformado por la Ley de 13 de Mayo de 1981 concebía que el padre y en su defecto la madre eran administradores y usufructuarios de los bienes de los hijos en potestad, hoy solo son administradores de tales bienes⁵⁵.

Al respecto DIEZ-PICAZO Y ANTONIO GULLON expresan: “Además de ser los padres administradores legales, ostentan poderes dispositivos, cuya titularidad les legitima para la realización de actos de disposición. Los poderes dispositivos de los padres plantean

⁵⁴ALBALADEJO GARCÍA, M., (1991) *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edición Bosch, Barcelona, pág. 289

⁵⁵ALBALADEJO GARCÍA, M., (1991), op. cit. pp. 292

delicados problemas, pues un reconocimiento absoluto e ilimitado de los mismos podría conducir a que desapareciesen los bienes de los hijos mientras que una excesiva desconfianza y una excesiva limitación pueden obstaculizar la gestión patrimonial”⁵⁶.

Los sujetos exclusivos que intervienen en la patria potestad son los padres y los hijos, siendo la regla general que su titularidad y ejercicio sea compartida por el padre y la madre.

Por su parte solo quedaran expresamente fuera de la administración de los padres, los bienes que los hijos reciban por herencia testamentaria o mientras se ejecuta el testamento, cuando el testador haya dispuesto que lo ejecute un albacea porque dentro de sus facultades está conservar y administrar los bienes que integran la herencia⁵⁷.

Si nos detenemos a analizar la terminación de la patria potestad de los padres sobre los hijos que se establece al arribar estos a la mayoría de edad, todo parece indicar que “los abandona a su suerte”, ni siquiera hace la debida distinción con respecto a la capacidad de que puede disponer la persona para continuar su vida, despojando una institución de tanta importancia como la que venimos comentando, de cualquier rasgo de humanidad y afectividad, que tanto fortaleció al asignarle deberes-derechos y considerarla una de las más importantes dentro de la familia y ésta a su vez dentro de la sociedad.

Para suplir tal defecto autoriza la constitución de tutela para los incapaces, con igual proceder y sin detallar entre los que padecen un impedimento leve, quizás recuperable, con aquellos niños que aunque crecieron no han podido siquiera percatarse del transcurso de los años por estar privados totalmente de la razón, o los que por consecuencias futuras con posterioridad a la mayoría de edad pierden toda posibilidad de dirigir su conducta y sus bienes.

⁵⁶DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTERO, A (1984), op. cit., pp. 296.

⁵⁷El Código Civil cubano, en su artículo 506, inciso 2) b establece que si el testador no ha determinado las facultades del albacea, éstas comprenden entre otras conservar y administrar los bienes que integran la herencia.

II.1.2 Tutela

El Código de Familia en su Artículo 138 establece que estarán sujetos a tutela los menores de edad que no estén sometidos a patria potestad y los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados.

La tutela es una institución jurídica que tiene por objeto la guarda y protección de la persona y los bienes del incapacitado. Es consecuencia de un proceso de incapacitación, en la que se establece y se constituye como un deber que se ejerce en beneficio del tutelado, siempre bajo la supervisión de la autoridad judicial.

El DR. DANIEL PERAL COLLADO, apuntó que la tutela, es una institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de las personas y patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a sí mismo.⁵⁸

Dicha institución tutiva es concebida como el poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapaces. Al tener como fin la protección, hace de ella la más importante forma de guardaduría legal, establecida fundamentalmente para dar resguardo a los incapaces cuando falte la patria potestad.

Tal y como expresa ALBALADEJO GARCÍA: “los cargos tutelares, como derechos que están al servicio de una labor de protección al incapacitado, no sirven intereses de sus titulares, de manera análoga a la patria potestad”⁵⁹.

La tutela se define como un órgano estable de actuación habitual porque la finalidad que tiene es suplir la falta de capacidad de un sujeto que no está sometido a patria potestad. El tutor se convierte en su representante. La tutela es una institución jurídica que tiene por objeto la guarda y protección de la persona y los bienes del incapacitado.

Existen diferentes clases de tutela, entre las que se encuentran la tutela testamentaria y la tutela legítima, que a su vez se dividía en tutela legítima del patrono; tutela del ascendiente emancipador, tutela fiduciaria y tutela dativa.

⁵⁸ PERAL COLLADO, D. : *Derecho de Familia CD ROM*, pág. 146

⁵⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., (1991), op. cit. pp. 265

La tutela es consecuencia de un proceso de incapacitación, por la que se establece, y se constituye como un deber que se ejerce en beneficio del tutelado, siempre bajo la supervisión de la autoridad judicial.

Su utilización ha sido considerarla como un oficio público o cuasi-público, como una institución de asistencia y protección de la persona y los bienes del incapacitado, lo que la asemeja a la patria potestad y la diferencia de la curatela, a la que nos referiremos posteriormente porque esta última es vista como una forma de guarda legal sobre los bienes exclusivamente.

La tutela como institución pública es ejercida por órganos administrativos o judiciales imponiendo sobre la persona del tutor un órgano de vigilancia constituido por el Tribunal.

La tutela es un remedio jurídico que no está siempre basada en lazos consanguíneos, un medio adecuado para controlar la actividad administrativa del tutor al que se le podrá pedir las aclaraciones necesarias, exigiéndosele cuando la ley estime conveniente la correspondiente rendición de cuentas, en beneficio del incapacitado

Al instituir la tutela en el Código de Familia cubano, se estableció un solo tipo de tutela, y expresa el DR PERAL COLLADO, que se implanta una tutela de autoridad, pues es el Tribunal el encargado de designar tutor.⁶⁰

II.1.3 Distinción entre Patria Potestad y Tutela

Por lo expresado con anterioridad se considera la tutela una institución subsidiaria de la patria potestad, diferenciándose en que la patria potestad es de Derecho natural, organizada directamente por la naturaleza y sancionada por el Derecho positivo mientras que la tutela está organizada por el Derecho positivo en base al Derecho natural⁶¹.

La tutela se asemeja a la patria potestad en que ambas son instituciones con contenido personal y patrimonial que comprende el cuidado de la persona del incapaz, sustento, educación, protección en general, representación en actos civiles y administración de

⁶⁰ PERAL COLLADO, D.: *Derecho de Familia CD ROM*, pp. 147

⁶¹ Se hace referencia en el *Diccionario de Derecho Privado* a lo señalado por DE DIEGO respecto a la subsidiariedad de la tutela con respecto a la patria potestad, pp. 3885

los bienes, como remedio de la incapacidad, ésta determina el contenido de aquella. Las funciones del tutor son las mismas que en la patria potestad prácticamente.

Hay pues, gran analogía entre la tutela y la patria potestad, el objeto de ambos es el mismo: la educación del hijo y la administración de los bienes, pero los medios difieren entre sí, por cuanto el legislador confiere a los padres un poder más amplio que el de los tutores, el padre tiene derechos que jamás podrá tener el tutor.

La diferencia de estas dos instituciones parte desde la fuente, pues la patria potestad se origina del vínculo natural que surge de la consanguinidad, por lo cual unos descienden de otros, pudiendo originarse también de la adopción, generando en ambos casos una relación paterno-filial. En cambio, la tutela se origina por el derecho positivo, que crea y organiza la institución en las leyes según las necesidades propias de cada país.⁶²

La tutela es considerada como una patria potestad restringida, el tutor tiene límites mayores por inspirar menos confianza tanto en lo que se refiere a su contenido personal como patrimonial, es un poder protector con origen en la ley y no en la naturaleza, se establece para suplir la incapacidad de aquellos a quienes les falta la patria potestad.

En la esfera personal, la tutela regula la obligación de velar por el tutelado, lo cual se refleja en la obligación de dar alimentos, el deber de educarle y proporcionarle una formación integral y promover la adquisición o recuperación de la capacidad de obrar del pupilo, dependiendo de si es menor o incapacitado respectivamente. Al igual que con la patria potestad el tutelado tiene la obligación de obediencia y respeto frente al tutor.

En cuanto a la representación, coincidentemente también con la patria potestad, el tutor asume la representación del menor o incapacitado para todos los actos que no puede realizar por sí mismo.

En la esfera patrimonial el tutor es quien administra los bienes del tutelado, aunque necesita mayor intervención judicial para una serie de actos que los que requiere la patria potestad, por ejemplo para dar o tomar dinero en préstamo en nombre del pupilo.

⁶²CHÁVEZ ASCENCIO, M.: *La Familia en el Derecho. Relaciones paterno filiales* pág. 334.

El tutor es el administrador legal del patrimonio del tutelado y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.

Además existen las causas de inhabilidad y de remoción de la tutela, que provocan el cese del tutor en su cargo, constituyendo causas de inhabilidad sobrevenidas, se producen tras el nombramiento del tutor.

Por otro lado, el cargo de tutor es obligatorio en principio, pero el Código de Familia regula determinadas causas que pueden justificar o bien la dispensa inicial del cargo o bien la dimisión posterior. Ser tutor no es cosa obligada, pero este cargo una vez se asuma, no puede renunciarse salvo que exista una causa legítima debidamente justificada a juicio del Tribunal que conozca del asunto.

El tutor está obligado a informar al tribunal competente anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta de su administración. Los preceptos de nuestro Código de Familia no les impone a los padres la obligación de rendir cuenta como administradores de los bienes de los hijos. En nuestro país cualquier control que se realice sobre la actuación de los padres, sólo tiene como punto de referencia el interés superior del hijo.

Para controlar la actividad del tutor la autoridad judicial podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela, o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado. Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración. La rendición de cuentas es un deber de contenido patrimonial. El patrimonio personal o patrimonio general de la persona tiene una función de servicio a favor de ella.

Según expresa ALBALADEJO GARCÍA al referirse a la actuación del juez en tema de patria potestad y beneficio del hijo, no cabe al respecto intervención judicial más que en cualquiera otro de los casos en que también se le sometieran contiendas jurídicas o se acude a él para que aplique el Derecho juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado⁶³.

⁶³ ALBALADEJO GARCÍA, M., (1991), op. cit. pp 297

Ninguna de las disposiciones del Código de Familia cubano les impone a los padres la obligación de rendir cuenta como administradores de los bienes de los hijos, ¿por qué entonces ante la existencia de un hijo incapacitado tendría que hacerlo?

Era característica de la tutela inicialmente la indivisibilidad y unidad del poder tutelar, este era atribuido a una sola persona y no podía fraccionarse entre varios titulares, por lo cual una persona solo podía tener un tutor.

No obstante en los tiempos modernos se habla de pluralidad de tutores si la tutela se ejerce conjuntamente por el padre y la madre, las reglas a aplicar por analogía son las del ejercicio de la patria potestad, entonces por qué no prorrogarla o restablecerla.

Resumiendo entonces, pudiera precisarse que la tutela como forma de guardaduría sustituye a la patria potestad, aparece de forma alternativa ante la ausencia de los padres, por lo que no tiene razón de ser si éstos se mantienen vivos y en condiciones de atender todos los requerimientos del hijo con la disposición necesaria. Su utilización en estas circunstancias implicaría una mayor restricción en las facultades que la patria potestad concede a los progenitores para representar y administrar los bienes y la persona de los hijos, sin excesivas medidas judiciales de control, lo cual resulta lógico por la confianza que esta institución por su propio carácter de derecho natural genera.

En la práctica judicial cubana todas las formas de guarda se suplen con la tutela, institución con fines muy nobles de protección y asistencia que tiene excelentes propósitos para cuando el incapacitado no tiene la dicha de contar con el apoyo incondicional de sus padres, en cuyo caso esta relación es irremplazable, haciendo innecesaria la utilización de la institución tutelar, la que quedaría contemplada para los demás casos o para cuando él o los padres incumplan los deberes y derechos que el ejercicio de la patria potestad encierra, situándonos entonces ante la urgente necesidad de acoger la denominada patria potestad prorrogada o patria potestad rehabilitada, por las cuales los padres de los incapacitados cuando estos arriben a la mayoría de edad, conservan la patria potestad sobre ellos o se les restablece, siempre en dependencia del grado de discapacidad que puede ser determinado en el proceso de declaración de la incapacidad por la autoridad judicial competente, que establecería los límites y el alcance de la enfermedad, previo dictamen pericial médico o en su caso con

posterioridad a arribar a la mayoría de edad para las personas que se les presente una incapacidad total que les prive del discernimiento.

La legislación española dentro del mecanismo protector de incapaces establece diferentes formas de tutela que tienen que ver con la *tutela individual familiar*, como forma clásica de tutela basada en el afecto y la solidaridad familiar, que es utilizada por las familias en segundo plano desatendiendo las consideraciones del desarrollo del incapaz debido a los cambios en el sistema de valores y a las necesidades en la sociedad de consumo teniendo cada vez menor incidencia, optándose por otras formas de protección; por su parte la *tutela individual profesional* tiene que ver con tutelas de ejercicio y administración complejas, ofrece cobertura legal a una tutela mixta con la anterior; la *tutela ejercida por el Director del Centro donde se encuentre internado el incapaz*, se utiliza ante situaciones de desamparo del incapaz por inexistencia o desidia de los parientes, donde la situación de guardador de hecho del Director hace recomendable su constitución como tutor, no como deber sino como garantía de su actuación. Esta última confronta serias dificultades al verse perturbada por interferencias de los familiares que provocaron la situación de desamparo pero se creen legitimados para tomar decisiones con el incapaz sin la intromisión de extraños, precisa el auxilio de profesionales, al ser el Director el responsable del bienestar residencial se convierte en juez y parte, careciendo de autonomía al exigir las mejores condiciones para el pupilo, prevaleciendo su condición de gestor sobre los de encargado de la protección del incapaz, haciendo preciso un esmerado control fiscal y judicial y por último, la *tutela ejercida por fundaciones o asociaciones públicas o privadas* que es la realizada por personas jurídicas, siempre que no primen fines lucrativos y redunde en interés del incapacitado.⁶⁴

II.2 Breve aproximación a otras instituciones tuitivas

Las instituciones tutelares pretenden sustituir a la patria potestad, establecen una representación a favor de los sujetos que no tienen capacidad de obrar y a la que es

⁶⁴ Esta diferenciación fue abordada por HEREDIA PUENTES, M Y FABREGAS RUIZ, C. Fiscales de la Audiencia de Jaén en su trabajo *Algunas Ideas sobre el Modelo Institucional de Protección de Incapaces en el Derecho Civil Español*, publicado en la Revista del Poder Judicial No. 48, Cuarto Trimestre, 1997.

necesario nombrar a un representante. Poder adoptar la forma de guarda mas idónea para cada caso concreto es fundamental si la ley ofrece varias, con características distintas ajustadas al destino específico del necesitado.

En nuestros tiempos existe una pluralidad de instituciones de protección y guarda legal nuevas. Se recuperan la curatela, el defensor judicial, guarda de hecho, acogimiento familiar, incluso, en los últimos años se habla de la autotutela y la autocuratela.

“Pesa y de qué manera la inexistencia de figuras tradicionales de asistencia como la curatela u otras de facturación normativa más reciente como *la patria potestad prorrogada, la rehabilitación de la patria potestad, el acogimiento familiar o el defensor ad litem*, todas ausentes de nuestro ordenamiento jurídico y que ofrecerían un abanico de posibilidades de actuación de los discapacitados a quienes se le restrinjan la capacidad de obrar o se les declare judicialmente incapacitados⁶⁵.

II.2.1 La curatela

“La curatela, como institución de guarda en el ámbito del Derecho de Familia, ampara situaciones, pasajeras, accidentales, más o menos temporales y circunstanciales; se destina a actos singulares para los que se requiere un complemento de capacidad a quienes la poseen pero con carácter limitado o insuficiente.”⁶⁶

La curatela⁶⁷, es un órgano estable pero de actuación no habitual y más flexible destinada al complemento de la capacidad de obrar del sometido en aquellos actos que por la ley o en la sentencia así lo requieran. Constituye órgano estable de actuación intermitente porque el sujeto a esta forma de guarda legal si tiene capacidad de obrar pero no completa; el curador completa la capacidad de obrar del sujeto sometido.

Esta figura no ha sido tratada en nuestro Derecho Familiar pero la propuesta de su inclusión está contenida en el proyecto de modificación del Código de Familia para dar

⁶⁵PÉREZ GALLARDO, LEONARDO, “**La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda**”. CD-ROM

⁶⁶ De este modo conceptualiza a la curatela la DRA. ANA MARÍA ÁLVAREZ-TABÍO ALBO en su trabajo “**Evolución del concepto de la curatela. Discapacidad y curatela**”. Consultado en CD ROM

⁶⁷El Código Civil español establece en su Artículo 288 quiénes estarán sujetos a curatela:1º Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley.2º Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.3º Los declarados pródigos

respuesta concreta a determinados casos donde no es necesario suplir la capacidad del curatelado 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 sirve a los fines de ejercer vigilancia y cuidado general sobre el necesitado de salvaguarda, respetando al máximo su libertad personal.

Es definida como “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 por sí, pero con el complemento del curador.

Al igual que la tutela, es una institución jurídica dirigida a salvaguardar los intereses de personas que tienen limitada su capacidad de obrar por alguna circunstancia, aunque, a diferencia de aquella, su ámbito de aplicación es mucho más restringido.

En efecto, la curatela, no permite otra cosa que complementar la capacidad del curatelado en las actuaciones concretas señaladas en la sentencia, o en defecto de que la sentencia las especifique, en los actos para los que el tutor necesita autorización judicial. Es una institución que suele utilizarse, en lo que a las personas con discapacidad se refiere, para la protección de aquellas con una deficiencia mental leve.

Con esta institución lo que se persigue es integrar, completar la capacidad de quienes aún siendo capaces, necesitan ser vigilados, controlados, aconsejados o asistidos para concluir determinados actos jurídicos patrimoniales, respetando la esfera de actuación del sometido a curatela sin soluciones extremas.

II.2.2 El defensor judicial

Otra de las figuras concebidas es la del defensor judicial⁶⁸ que es un órgano no estable de actuación intermitente. Sólo representa el sujeto en el caso en el que hay conflicto de intereses.

⁶⁸ El Código Civil español en su Artículo 299 lo establece como sigue: Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:1º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiese sólo con uno de ellos corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.2º En el supuesto de que, por

Según ALBADALEJO GARCÍA “recibe el nombre de defensor porque defiende al guardado y judicial porque lo nombra el juez, es un cargo transitorio de amparo y representación de los incapacitados en ciertos casos y que fue acogido perfectamente por la antes citada reforma al Código Civil español de 24 de Octubre de 1983”⁶⁹

Esta es la última de las instituciones de guarda y protección de la persona y su patrimonio, prevista por el legislador en las modificaciones al Código Civil español de 1983.

En esencia es la persona nombrada por juez para ejercer las funciones de amparo y representación de incapacitados. Es una institución de carácter transitorio que se utiliza fundamentalmente cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los incapacitados y quienes ejercieran sobre ellos la patria potestad, tutela o curatela, cuando los portadores de tales responsabilidades no ejercieran sus funciones por cualquier causa mientras dicha causa no desaparezca o se nombre a otra persona al efecto. El régimen jurídico del defensor judicial es similar al de la tutela.

Este instituto tutelar es 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 o a la 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.

Para el caso en que dure el motivo que impide el ejercicio de la representación legal o la curaduría o mientras se encuentra en proceso el nombramiento de otro representante legal se elegirá un defensor judicial, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, cuya vida y extensión jurídica estarán limitadas en el tiempo pues su duración depende de la solución del conflicto que impide el normal ejercicio de las potestades de los

cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñaren sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.^{3º} En todos los demás casos previstos por este Código.

⁶⁹ ALBADALEJO GARCÍA, M., (1991), op. cit. pp 331

representantes legales o al curador o bien por la situación provocada por falta de persona que ejerza las potestades de guarda y custodia.

Las atribuciones del defensor judicial serán bien determinadas por el juez en su resolución y estarán encaminadas a que cumpla adecuadamente con su función de guarda y protección del menor o incapaz.

El defensor judicial no sustituye a los padres en su función representativa, pues su actuación es sobre un aspecto específico y no puede en modo alguno tener un ámbito de facultades más amplio que el que corresponde a los padres a los que sustituye transitoriamente.

Se extingue el nombramiento de defensor judicial 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.

II.2.3 Guarda administrativa y guarda de hecho

La otra institución de protección a incapaces es la guarda administrativa o mera guarda, prevista como solución urgente y además transitoria, exclusiva a la administración. Está encaminada a reinsertar al incapaz, fundamentalmente menores, en la propia familia o en otra distinta a través del acogimiento o la adopción.

La entidad pública puede asumir solo la guarda cuando las circunstancias hacen temer una inmediata e inevitable situación de desamparo y así lo soliciten quienes tienen la potestad sobre él, su tutor, o lo acuerde el juez. Las circunstancias impeditivas de poder cumplir debidamente con los deberes que la patria potestad y la tutela implican deben ser graves e inimputables a los solicitantes.

Esta guarda legal deberá comprender tanto la custodia, como 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, pero no al restante.

En Cuba esta modalidad se recoge en el artículo 147 del Código de Familia que tiene carácter de tutores los directores de los establecimientos asistenciales o de los centros de educación o reeducación de aquellos menores de edad que vivan en dichos establecimientos que no estén sujetos a patria potestad o tutela.

De lo preceptuado en este artículo podemos apreciar que nuestro ordenamiento subsume en la institución de la tutela lo que en la ley española se regula como guarda administrativa al asumir la entidad pública la guarda 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. Es de destacar que nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico recoge en su Artículo 48 que el Fiscal representa y defiende a los menores, incapacitados y ausentes, hasta que se les provea de tutores, representantes o encargados del cuidado de sus personas y de la defensa de sus bienes y derechos.⁷⁰

De igual forma ratificamos lo expuesto antes en cuanto a la representación respecto a que la Ley 83 de la Fiscalía General de la República recoge entre las funciones de la Dirección de Protección a los Derechos Ciudadanos en lo concerniente a la protección a menores que el fiscal representa y defiende los intereses de los mismos cuando carezcan de representante legal o cuando los intereses de éste sean contrapuestos a los del menor.

En Cuba esta persona designada se suple con las amplias facultades que en materia de relaciones familiares tiene el ministerio fiscal que en definitivas, puede asumir la representación de los incapacitados cuando estén enfrentados a algún estado de desamparo transitorio, como administrador de los bienes de forma transitoria en los casos que sea necesario.

También se ha recogido una figura de protección a menores e incapaces que se ha conocido como tutela o Guarda de Hecho⁷¹ que si bien no puede ser considerada un órgano tutelar de ninguna clase, ya que no es la ley quien la establece, es cierto que

⁷⁰Consultar Artículo 48 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

⁷¹Revisado un artículo sobre instituciones de guarda y cuidado que conceptúa la Guarda de Hecho, en [www.protección jurídica a los discapacitados. html](http://www.protecciónjurídicaa los discapacitados.html). (consultado el día 7 de junio y el 4 de Septiembre de 2008)

no la desconoce y la toma como fuente de información sobre la situación del menor o presunto incapaz y sus bienes y es reconocida como punto de partida para eventuales medidas de control y vigilancia.

Como definición para la figura de la guarda de hecho⁷² se debe exponer que se trata de la tutela ejercida por personas que no tienen la condición legal de tutor, supuesto éste que se subsume, sin dudas, en el de gestión de negocios ajenos sin mandato.

En cuanto a los menores de edad esta guarda de hecho comprende los siguientes supuestos: tutor que se apodera del cargo sin título alguno y lo ejerce de hecho, ya sea por asunción espontánea, ya sea por delegación arbitraria del nombrado y ejercicio mantenido tras la remoción firme o la extinción por otra causa de la tutela.

En el caso de los incapacitados la limitación al supuesto aparece todavía más clara: pues además de dejar de realizar el trámite de la constitución de la tutela, deja también al margen el de la incapacitación, de vital importancia y por consiguiente habrá de referirse siempre a la persona en guarda como presunto incapaz.

La guarda de hecho se presenta en los supuestos en los que hay una persona que no es el representante pero cuida del menor, por ejemplo, padres drogadictos que tienen al niño con sus abuelos.

Cuando los padres o tutores por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario. De la entrega de la guarda se dejará constancia por escrito, haciéndose constar que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la administración. Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquellos y al ministerio fiscal. Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

⁷² El Artículo 253 del Código Civil español define la guarda de hecho de la siguiente forma: El guardador o guardadora de hecho es la persona física o jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por aquella o aquellas personas que deben tener cuidado del mismo, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela

En resumen, cuando se habla de guarda de hecho deben distinguirse dos posibles fases por las que esta puede atravesar: en primer lugar, la guarda de hecho sin más, verdadera situación de hecho, que, por serlo no puede tener una regulación que indique como ha de desarrollarse, sino que únicamente produce ciertas consecuencias jurídicas, primordialmente en favor del guardado ; en segundo lugar, la guarda de hecho cuando se comunica a la autoridad judicial pues a partir de ese momento ya la situación no sólo es de hecho, sino que adquiere otras características cercanas a los cargos tutelares.

En muchos casos, como primera medida, mientras se incoa el procedimiento de incapacitación habrá de nombrarse un defensor judicial al presunto incapacitado, pudiendo recaer tal condición en el propio guardador de hecho. No obstante, la guarda de hecho en si misma no puede calificarse de cargo tutelar pues como su nombre indica se trata de una situación de facto.

La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores, voluntaria, o como función de la tutela por ministerio de la ley, forzosa, debe realizarse mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.

II.2.4 El acogimiento familiar o residencial

El acogimiento, es definido como aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de los menores que se encuentren privados, aunque sea circunstancialmente, de una adecuada atención familiar.

El acogimiento familiar⁷³ 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.

Se buscará siempre el interés del menor, y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia, así como que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

II.3 La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. Institutos de tuición extraños a la legislación familiar cubana

⁷³ Consultado en www.patria.potestadytutela.html el día 16 de noviembre de 2008

Se regulan actualmente diferentes modalidades de la patria potestad, conocidas como: la patria potestad prorrogada, la patria potestad restablecida o rehabilitada y la patria potestad asistida o residual. Abordaremos las dos primeras, consideradas como cargos tutelares.

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 están en conexión directa con la incapacitación del hijo, que puede producirse durante la minoridad o una vez alcanzada la mayoría de edad.

Las causales de extinción de la prórroga y la rehabilitación de ambas instituciones pueden estar dadas en la muerte de los sujetos, por adopción del hijo o porque se declare el cese de su incapacidad.

Según ALBALADEJO GARCÍA “la introducción de la llamada patria potestad prorrogada o restablecida (llamada por la ley como rehabilitada) ha venido a introducir una figura de gran interés práctico en la legislación, dado lo escasamente útil que en la vida real puede llegar a ser la tutela en la mayoría de los casos y que de hecho muchas veces ni llega a establecerse efectivamente. Con esta nueva figura se persigue que los padres se sigan ocupando del hijo como hijo en potestad y con las atribuciones de los padres a quienes corresponde tal potestad, en vez de hacer preciso la constitución de la tutela, cuando el hijo alcance la mayoría de edad, ya que entonces saldría de la patria potestad, o aún cuando haya sido incapacitado después de alcanzarla. Además puesto que para esa tutela habrían de ser preferidos los padres, nada se pierde y mucho se ahorra, dejando que sigan ocupándose del hijo y de sus bienes como titulares de la patria potestad y no como tutores”⁷⁴

En el derecho comparado pudimos corroborar como las legislaciones de algunos países latinoamericanos y España incluyen la posibilidad de prorrogar o rehabilitar la patria potestad aunque solo el último de ellos hace una adecuada distinción de estas figuras tutelares. Entre estos podemos mencionar los siguientes:

⁷⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., (1991), op. cit. pp 301

El Código de Familia de Bolivia, aprobado el 23 de agosto de 1972, elevado a rango de Ley el 4 de abril de 1988, dedica dentro del Libro III, tres de sus capítulos a la “Autoridad de los padres” posibilitando muy acertadamente la patria potestad prorrogada.

El Código de Familia de la República de Panamá, aprobado en 1994, dedica el Título IV, del Libro I a la relación parental, permitiendo prorrogar la patria potestad por ministerio de ley, en los casos de hijos o hijas que hayan sido incapacitados por deficiencias o anomalías físicas o psíquicas profundas, siempre que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos no se constituirá tutela, sino que se rehabilitará la Patria Potestad que será ejercida por aquel a quien le correspondiese si el hijo o hija fuese menor de edad.

El Código de Familia de El Salvador de 1993, consagra el Título II a la “Autoridad Parental”, preceptúa dicha autoridad prorrogada o restablecida, en caso de hijos incapacitados mayores de edad.

El Código Civil español, vigente por Real Decreto de 24 de julio de 1889, reformado el 13 de Mayo de 1981 y el 24 de Octubre de 1983, establece en sus artículos del 154 al 171 lo concerniente a las relaciones paterno-filiales, dedicando cuatro capítulos a disposiciones generales, la representación legal de los hijos, los bienes de los hijos y su administración y la extinción de la Patria Potestad, respectivamente. En el artículo 171 prevé que la Patria Potestad sobre los hijos incapacitados quedará prorrogada al llegar aquellos a la mayoría de edad, establece además cuándo terminará dicha prórroga, dejando expedita la vía para que de subsistir la incapacitación se constituya otra forma de guardaduría.

II.3.1 Conceptualización de la patria potestad prorrogada

La patria potestad prorrogada es una institución jurídica por la cual se continúa el ejercicio de la patria potestad de los padres con iguales prerrogativas que las que tenía concebida, esto se hace en aras de lograr mayor protección de los hijos y evitar la promoción del expediente de tutela ante los tribunales con todos los inconvenientes que le traería a los padres, en los casos en que los hijos menores, en previsión del grado de discapacidad padecido, máxime si estamos hablando de una enfermedad mental

profunda que le ha imposibilitado desde su nacimiento su realización personal individual, se declaran judicialmente incapacitados, antes de arribar a la mayoría de edad⁷⁵.

Entre los requisitos que exige tal institución se encuentran: el hecho de que los menores no hayan sido sometidos a tutela, estando vigente la autoridad paternal y presentar una incapacidad total que les impida gobernarse por sí mismo y dirigir su conducta.

La patria potestad prorrogada surge cuando el menor de edad padece enfermedad o deficiencia física o psíquica persistente que le impide gobernarse por sí mismo, pudiendo preverse razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad, motivo por el cual se procede entonces a su incapacitación de forma tal que, cumplidos los 18 años, la patria potestad quedará automáticamente prorrogada, por ministerio de la ley, con la extensión y alcance que determine la resolución incapacitadora, haciendo innecesaria la utilización de la institución tutelar, la que quedaría reservada para los demás casos o para cuando él o los padres incumplan los deberes y derechos que el ejercicio de la patria potestad encierra.

La patria potestad prorrogada termina cuando el tribunal declara el cese de la incapacidad del hijo o hija, por fallecimiento de éstos o de su padre o madre.

II.3.2 Nociones sobre 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 ya un menor de edad, sino alcanzó la mayoría, soltero y residiendo con sus padres. En tales casos no se constituye judicialmente la tutela⁷⁶.

Para el caso de la soltería, la jurisprudencia española, estipula que tal declaración puede hacerse extensiva al divorciado o a aquellos supuestos cuyo matrimonio sea declarado nulo.

⁷⁵ Así se refiere la patria potestad prorrogada en un artículo *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, www.discapnet.es/Castellano/Guias/Derecho//Tutela005.htm

⁷⁶ La patria potestad rehabilitada en el artículo *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, www.discapnet.es/Castellano/Guias/Derecho//Tutela005.htm

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 bastante flexible. Ahora bien 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 cabría la rehabilitación si los padres hubieran sido privados, extinguidos o suspendidos de la patria potestad, salvo si la han recuperado.

Entra en juego la graduación del nivel real de incapacidad para determinar hasta dónde alcanza la limitación a que debe someterse el afectado. El juzgador, ser humano dotado de la sensibilidad y el conocimiento necesarios para decidir lo más conveniente para la persona necesitada de protección, ha de tener en cuenta, además de los datos evidentes que caractericen científicamente la deficiencia que padece el presunto incapaz, otra serie de factores sociales complementarios, como la psicomotricidad y el uso del lenguaje, las habilidades de autonomía personal y social, el proceso educativo, la conducta y el proceso ocupacional laboral. La suma de todos esos valores determina el porcentaje de minusvalía que padece una persona y la forma de guardaduría que le conviene así como las medidas que en pos de su amparo y asistencia han de adoptarse.

Es en este punto donde se produce la incompatibilidad dentro del régimen legal de guardaduría cubano, pues la legislación familiar sólo prevé la tutela como institución protectora fuera del marco del ejercicio de la patria potestad, aplicable sólo, 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. Discrepancia que sería salvada con la introducción de otras formas de protección en nuestro ordenamiento jurídico.

II.4 Posibilidades de continuidad de la patria potestad en el ordenamiento jurídico cubano

En el orden procesal cuando sea previsible que el menor continúe siendo incapaz aún después de alcanzar la mayoría de edad, es aconsejable iniciar el procedimiento de incapacitación mientras sea menor. En este caso, iniciarán el proceso quienes ejerzan la patria potestad, o en su caso, la tutela, con el efecto de quedar la guarda automáticamente prorrogada en beneficio del menor una vez que este alcance la mayoría de edad.

“La situación jurídica del menor declarado incapaz se ha contemplado para el momento en que alcance la mayoría de edad por eso dispone que si estaba sujeto a patria potestad, ésta se prorroga con sujeción a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación y subsidiariamente por las reglas de la patria potestad”⁷⁷.

Ahora bien ¿Cómo procederíamos si el hijo incapaz alcanzara la mayoría de edad sin haber sido legalmente incapacitado?

Cuando el hijo alcanza la mayoría de edad sin que se haya realizado ninguna actuación para preparar su guarda, se puede instar la incapacitación, “solicitando bien la rehabilitación de la patria potestad, o bien sometiéndolo a otra forma tuitiva, pues para que tenga lugar la patria potestad prorrogada es requisito la incapacitación judicial previa a la mayoría de edad.

Siempre habrá que atender en primer lugar a lo que disponga la sentencia de incapacitación. En la sentencia cuando menos se fijará el alcance de la incapacitación, el titular o los titulares que van a ejercitar la patria potestad, su contenido patrimonial o personal y su duración. No obstante deben respetarse ciertos límites por imperativo legal.

⁷⁷ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTERO, A., (1984), op. cit., pp 280

En este sentido, al sujetar el precepto la patria potestad prorrogada o rehabilitada a lo esencialmente dispuesto por la resolución de incapacitación, se cuestiona si las facultades del juez llegan a poder liberar al padre de las limitaciones que la ley impone a la patria potestad, por ejemplo, pedir la autorización judicial para determinados actos de administración. En tal sentido si la resolución no dispone nada al respecto, serán de aplicación las normas de la patria potestad ordinaria.

En estas condiciones sería entonces factible concluir que para los casos en que se prorrogue la patria potestad, la declaración de incapacitación debía promoverse a instancia de los padres o de uno de ellos, que le corresponda la patria potestad ordinaria, en cualquier momento a partir del cual el incapaz haya cumplido los 10 años pero aun sea menor de dieciocho años de edad, de forma tal que impida que al arribar este a la mayoría de edad se extinga la patria potestad de los padres y provoque un estado de desamparo temporal hasta tanto se declare judicialmente la incapacidad y se provea la tutela.

En caso contrario, cuando el menor arribe a la mayoría de edad y se termine la autoridad paternal sin que sea necesaria la declaración y por circunstancias sobrevenidas se provoca la incapacidad total, entonces la declaración judicial sería posterior, siendo imprescindible los pronunciamientos respecto al restablecimiento de la patria potestad.

Si el procedimiento de incapacitación finalizara prorrogando o rehabilitando la patria potestad sería lo más prudente, por ser encomiable, dado que los padres son, por regla general, quienes más se preocupan y cuidan de sus hijos, especialmente si estos padecen alguna deficiencia o minusvalía y no sería justo que con motivo de la extinción de la patria potestad y la constitución de la tutela, por ley sólo a favor de uno de sus progenitores, quedara el otro padre sin autoridad legal sobre su hijo incapaz.

II.5 Proyección de instituciones tutelares en la legislación familiar cubana

El Código Civil cubano establece los casos que deben ser declarados incapaces judicialmente, cuya declaración se realizará como ya hemos analizado anteriormente atemperándose a las normas del Código de Familia y de la ley procesal civil. Para los

incapacitados totales se encuentran en el Código de Familia formas de guarda y custodia referidas a patria potestad durante su minoría, o en su defecto, a tutela.

Nuestra sociedad socialista se esfuerza para brindar una protección adecuada a los niños, planteándose mayores retos si se trata de discapacitados, pero en su empeño debe auxiliar a las familias, no remplazarlas. Su política debe dirigirse a que no se encuentren abandonados o en estado de desamparo, para cuyos casos legalmente debe tener concebidas instituciones de guardaduría, como la tutela, la curatela, el acogimiento, para que funcionen en ausencia de sus padres.

De forma acertada actualmente se encuentra en análisis las posibles modificaciones que se pretenden hacer respecto a las normas familiares vigentes. El último proyecto del Código de Familia, objeto de estudio, evidencia una encomiable y crítica labor de nuestros legisladores para atemperar su normativa a las condiciones de vida actuales. Téngase en cuenta que el vigente Código ya tiene más de treinta años de existencia. Ciertamente estamos en condiciones de cuestionarnos si la redacción del articulado respecto al tema que venimos tratando refleja las necesidades de cambio reales o solo es un intento por atemperarse al momento presente pero que de aprobarse con la forma actual de redacción, nuevamente incurriríamos en vacíos legales que conllevarían a una posición en detrimento de la situación de las personas que padecen este tipo de incapacidad total, que como hemos acotado les impide gobernarse por si mismos, dirigir su conducta, representarse con autonomía propia, administrar sus bienes con la debida diligencia, incluso cuidar diligentemente de su persona, lo que nos obliga a pensar por ellos, para evitarles situaciones futuras desfavorables.

El primero de los artículos del citado anteproyecto del Código de Familia cubano que debemos mencionar es el referido a la patria potestad prorrogada, tratada como una institución novedosa que se incorpora a nuestro Código para que continúe el ejercicio de la patria potestad de los padres con todas las funciones que implica, para la mejor protección de los hijos y evitar la promoción del expediente de tutela ante los tribunales, su redacción es la que sigue:

ARTÍCULO 120. La patria potestad puede ser prorrogada por el Tribunal cuando los hijos e hijas arriban a la mayoría de edad y son declarados

judicialmente incapacitados. En tales casos no se constituye judicialmente la tutela.

La patria potestad prorrogada termina cuando el tribunal declara el cese de la incapacidad del hijo o hija, por fallecimiento de éstos o de su padre o madre.

Cuestionando la anterior redacción es escueta y limita ostensiblemente la forma en que se puede disponer la continuidad de la patria potestad prorrogada para los casos de estas personas con una incapacidad total que raras veces es reversible, al contrario generalmente el incapaz, enmarcado en este estado presenta una situación cada vez mas agudizante. Por ello entre los cuestionamientos que pensamos no se tienen en cuenta para proponer una modificación de este tipo podemos señalar:

1. Que nada refiere el artículo respecto a la posibilidad legal de declarar judicialmente incapaz a una persona por razón de una incapacidad total durante su minoría de edad, sí se encuentran bajo la patria potestad de sus padres; lo que contraviene la concepción doctrinal de la patria potestad prorrogada que se prevé para casos de personas declaradas judicialmente incapaces, previo a alcanzar la mayoría de edad.
2. Tampoco detalla los requisitos para poder prorrogar la patria potestad, ni nada refiere respecto a que los padres deben estar en el pleno goce de tales facultades, no privados de ellas ni el menor sujeto a tutela.

ARTÍCULO 121: El Tribunal restablece la patria potestad:

-Cuando el hijo o hija mayor de edad, declarado judicialmente incapacitado no haya formalizado matrimonio;

- cuando el hijo o hija menor de dieciséis años de edad haya disuelto el vínculo matrimonial.

Se incorpora también esta institución por las razones expuestas al explicar el artículo anterior.

El inciso 1) es para los hijos mayores de edad que se declaren incapaces con posterioridad a su mayoría de edad y no hayan contraído matrimonio.

Sobre el inciso 2) los hijos menores de edad cuando se casan se emancipan, pero consideramos que de 14 a 16 años si sobreviene un divorcio debe restablecerse la patria potestad por las características propias de esas edades y las condiciones especiales en que se autorizan esos matrimonios.

De igual forma que el artículo 120 anteriormente comentado, este también adolece de defectos en su redacción, pudiendo señalar lo siguiente:

1. No sigue el criterio que constituye una práctica desde hace muchos años en los países que recogen en sus legislaciones la patria potestad rehabilitada, pues trata la institución como una forma de guardaduría y protección de las personas declaradas judicialmente incapaces que ya hayan arribado a la mayoría de edad, sin que se les haya prorrogado la patria potestad lo que supone una extinción de ésta, siendo necesario su restablecimiento, lo que no implica un proceso continuo de pérdida y recuperación de la patria potestad, sino que en algún momento por circunstancias sobrevenidas se produce la incapacitación total siempre que estén los padres vivos, lógico resulta rehabilitar la patria potestad.
2. Nada especifica este artículo con respecto a los requisitos para el restablecimiento de la patria potestad entre los que se incluyen la dependencia económica de los hijos con respecto a los padres y que en su momento estuvieran sujetos a la patria potestad de aquellos, es decir, que durante la minoría no los hubieran abandonado ni hubieran sido privados o suspendidos del ejercicio sin haberlo recuperado.
3. Otro de los requisitos que pudiera alegarse es el referido a la convivencia con los padres, lo cual pudiera interpretarse de forma flexible y amplia, ya que vivir en su compañía no quiere decir que el incapaz no haya estado internado en algún momento de su vida, lo importante es definir si está bajo la guarda y custodia de sus padres.

Valorando la redacción de ambos preceptos todo parece indicar que los legisladores están usando indistintamente los términos de prórroga y restablecimiento o rehabilitación, lo cual desvirtúa el contenido de ambas formas tuitivas.

Otra de las importantes modificaciones que prevé el citado anteproyecto tiene que ver con el hecho de que brinda un amplio concepto de la Tutela, por otro lado implica el reconocimiento de los tres tipos de tutelas: testamentaria, legítima y dativa y específicamente la institución de la tutela testamentaria por la cual los padres pueden nombrar o designar a la persona que quieren que sea tutor de sus hijos en caso de fallecimiento y lo pueden hacer conjuntamente o por separado es un documento notarial. Lo normal es que los nombramientos coincidan, pero también pueden no coincidir en el testamento. En este último caso, sería el Tribunal quien en resolución motivada adoptará lo que estime más conveniente para el menor los menores o el incapacitado.

Se define la tutela legal de los directores de los establecimientos asistenciales sobre los incapaces internos en estos centros⁷⁸.

En esencia la tutela testamentaria, es la designada por los padres en testamento, posibilitando que toda persona que deje herencia o legado al pupilo pueda nombrar tutor, apreciándose así en el derecho comparado en los Códigos de México, Honduras y España.

Se introduce la autotutela, como elemento novedoso en nuestro ordenamiento, con determinadas previsiones necesarias para su aceptación por parte del tribunal.⁷⁹ También hace referencia a la guarda de hecho. No obstante mantiene la limitación en cuanto a la edad respecto a que se constituirá la tutela de los “mayores” declarados judicialmente incapaces.

De forma general, apreciamos como loable la posición adoptada en el anteproyecto de modificación de la legislación familiar cubana en cuanto a la inclusión de otras formas de guardaduría que no estaban previstas anteriormente en nuestro ordenamiento

⁷⁸El anteproyecto del Código de Familia preceptúa en su Artículo 219. La tutela legal de los mayores de edad incapacitados es aquella que se ejerce por los directores de los establecimientos asistenciales donde éstos se hallen internados, y que no estén sujetos a patria potestad prorrogada o tutela, a los mismos efectos que para los menores de edad establece el artículo 216.

⁷⁹El anteproyecto del Código de Familia establece en el Artículo 206. Cualquier persona, con plena capacidad jurídica, en previsión de ser declarada judicialmente incapaz, puede proponer en escritura pública notarial un tutor y designarle sustitutos. Tal nombramiento ha de ser tenido en cuenta por el tribunal al tiempo de constituir la tutela, si bien puede ser impugnado por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o por el fiscal. Esta escritura es revocable en cualquier momento. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la última.

jurídico, bien para completar la capacidad o para evitar situaciones de desamparo en menores o mayores de edad incapaces, en tal sentido recogen el acogimiento en centros de asistencia social de la red nacional, la familia sustituta, la curatela, entre otros atisbos modificativos que reafirman la proyección humanitaria y afectiva de nuestra sociedad.

Es necesario por su importancia considerar incluir en las reformas al Código de Familia la introducción clara y detallada de institutos como el defensor judicial y la guarda administrativa o de hecho, aclamándolas por su nombre y no apreciándolas encubiertamente en las atribuciones de otros funcionarios, de forma tal que en la variedad encuentren realmente las personas incapacitadas el respaldo imprescindible para la protección de sus intereses ante la imposibilidad de manifestar su voluntad mediante actos de administración y disposición con respecto a los bienes que integran su patrimonio.

A modo de conclusión parcial podemos referir que se advierte la preocupación del estado por la protección de los bienes de los incapacitados lo que se materializa en las propias restricciones que recoge la ley para la administración y otros actos sobre sus bienes, pero en los momentos actuales se impone la modificación del Código Familia en cuanto a la regulación de las instituciones tutelares, en tanto es necesaria la inclusión de otras que permitan a ambos padres continuar ejerciendo el poder de hecho y de derecho sobre sus hijos incapaces aún cuando arriben a la mayoría de edad y a manera también de atemperar dicha legislación a las reformas actuales que sufre en el mundo el Derecho de Familia.

CONCLUSIONES

1. La protección del patrimonio de los incapacitados está presente en las legislaciones de los diferentes países desde la antigüedad, garantizándoles desde entonces un

representante legal, como complemento de su capacidad, para todos los actos de administración y disposición de sus bienes.

2. La actual formulación del artículo 31, incisos a y b, del Código Civil, es omisa en cuanto no contiene pronunciamiento expreso respecto al estado de incapacidad legal de los menores, mayores de diez años y hasta alcanzar la mayoría de edad cuando sufren de una incapacitación total para administrar su persona y sus bienes, por lo que nada obsta a que puedan ser declarados incapaces judicialmente cuando se demuestre que la causa que origina la enfermedad o deficiencia persistirá, una vez que arribe a la mayoría de edad.
3. El amparo de los bienes de las personas incapacitadas en Cuba se materializa de forma expresa en el propio procedimiento establecido en el artículo 586 de la Ley de Procedimiento, Civil, Administrativo, Laboral y Económico donde se recoge como requisito para la admisión del trámite por el tribunal que se relacione en el escrito de solicitud la relación detallada de los bienes que requieren protección judicial.
4. El Código de Familia no admite otra forma de representación legal distinta de la patria potestad en relación a los hijos menores de edad y la tutela en cuanto a los incapacitados, pudiendo ser útil para la protección del incapaz la curatela, el defensor judicial, la guarda administrativa, el acogimiento o la posibilidad de la patria potestad prorrogada o la patria potestad rehabilitada que constituyen figuras ausentes de nuestro ordenamiento jurídico pero reconocidas en las legislaciones foráneas, las que pudieran coadyuvar a mayor efectividad en la protección patrimonial.
5. La patria potestad como institución jurídica debe primar por encima de otras instituciones tutelares cuando coincida en la misma persona la condición de padre del incapaz con la de posible tutor, por lo que dado el caso debe proceder la patria potestad prorrogada o rehabilitada según corresponda, antes de acudir a cualquier otra variante de representación legal, lo que no es posible en Cuba por no estar previsto en el Código de Familia, aunque ya se recoge en la versión de anteproyecto de modificación que ha sido objeto de estudio.

RECOMENDACIONES

Que en futuras modificaciones al Código de Civil y de Familia, por nuestro máximo órgano legislativo se tengan en cuenta como posibles puntos a variar los siguientes:

- Aclarar en el Código Civil en el artículo 31, inciso b, la situación de incapacidad en que quedan los hijos menores de edad una vez que cumplen los diez años y hasta que arriban a la mayoría de edad, previendo la posibilidad de la declaración judicial de incapacidad desde la edad referida cuando se advierta desde entonces la persistencia de la enfermedad.
- Modificar la normativa del Código de Familia cubano en cuanto a la reformulación de las instituciones tuitivas de protección al incapaz, en tal sentido, incluir la curatela, el defensor judicial, la guarda y en especial, regular la patria potestad, prorrogada y rehabilitada, como cargos tutelares, tomando en cuenta las razones presentadas en esta investigación, para lograr la adecuada formulación legal en correspondencia con los imperativos de las condiciones actuales y la más efectiva protección a los bienes de las personas incapacitadas.

BIBLIOGRAFÍA

_____ *Patria potestad y tutela*, consultado el 16 de Noviembre de 2008, disponible en www.todoelderecho.com/Apuntes/Civil/Apuntes/papotestadytutela.htm

_____ *La capacidad de obrar y su graduación en torno a las instituciones de guarda y protección*, Revista de Chile, disponible en www.scielo.htm (19 de Diciembre del 2008)

_____ *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, disponible en www.discapnet.es/Castellano/Guias/Derecho/Tutela005.htm, (5 de Junio del 2008)

_____ *Guarda de hecho*, disponible en:

www.proteccionjuridicaalosdiscapitados.html (consultado los días 7 de junio y 4 de septiembre de 2008).

_____ *Patria potestad y tutela*, disponible en www.papotestadytutela.htm (17 de noviembre del 2008)

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, derecho de Familia, Quinta Edición, Barcelona, Editor Bosh, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Derecho Civil, Parte General*, Instituciones de Derecho Civil, Tomo 1, volumen 1, Barcelona, Editorial Bosh, 1991

ALCÁNTARA PIQUERA, YAMILÉ: *Perspectiva legal de la patria potestad en hijos emancipados*, Tesis.

CLEMENTE, T.: *Derecho Civil Parte General*, Tomo I, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1989.

Código Civil chileno, actualizado al año 2000.

Código Civil costarricense, Ley 30 de 19-4-1885, actualizado hasta 1996

Código Civil cubano, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987.

Código Civil de Argentina, Ley 23.264 de 25 de septiembre de 1985.

Código Civil de España, G-25-7-1889, actualizado al año 2005.

Código de Familia de Bolivia, Ley N° 996 del 4 de abril de 1988.

Código de Familia de Costa Rica, Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973.

Código de Familia de Cuba. Ley No. 1289 de 14 de febrero de 1975.

Código de Familia de El Salvador, Edición de 1993. Decreto 677 de 11-10-1993.

Código de Familia de Honduras, aprobado por el Decreto No.76-84.

Código de Familia de la República de Panamá, Ley No 3 de 17 de mayo de 1994. Edición especial. Asamblea legislativa, septiembre de 1996.

Código de la Niñez y la Juventud, de 1978

COLECTIVO DE AUTORES: *Por la Vida, Estudio psicosocial de las personas con discapacidades y estudio psicopedagógico social y clínico genético de las personas con retraso mental en Cuba*, Casa Editora Abril, 2004.

Constitución de la República de Cuba, de 24 de Febrero de 1976, actualizada hasta la reforma constitucional de 26 de junio de 2002.

Convención sobre los derechos del niño, ONU, de 20 de noviembre de 1989.

DE CASSO Y ROMERO, IGNACIO Y FRANCISCO CERVERA: *Diccionario de Derecho Privado*, Tomos I y II, Editorial Labor, Barcelona, 1950.

Decreto Ley 154/94 sobre Divorcio Notarial.

DIEZ-PICAZO, L. Y ANTONIO GUILLÓN BALLESTERO: *SISTEMA DE DERECHO CIVIL, VOLUMEN 1, MADRID, EDITORIAL TECNOS, QUINTA EDICIÓN, 1984.*

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *ENSAYOS SOBRE CAPACIDAD Y OTROS TEMAS DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, COLECCIÓN NUEVOS AUTORES No. 1. CARACAS, 2006.*

FERNÁNDEZ BULTÉ, JULIO: *Manual de Derecho Romano*, Editorial Pueblo y Educación, México, 1998.

GRILLO LONGORIA, R.: *Derecho Procesal Civil, TOMO I*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2004.

GRILLO LONGORIA, R.: *Derecho Procesal Civil, TOMO II, LA HABANA, EDITORIAL FÉLIX VARELA, 2004.*

GRILLO LONGORIA, R.: *DERECHO PROCESAL CIVIL, Tomo III*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2004.

HEREDIA PUENTES, M. Y FABREGAS RUÍZ, CRISTOBAL, *algunas ideas sobre el modelo institucional de protección de incapaces en el derecho civil español*, Revista del Poder Judicial No. 48, Cuarto trimestre, 1997.

Ley 83 De la Fiscalía General de la República. Gaceta Oficial Extraordinaria. La Habana. 14 de Julio de 1997.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977, modificada por el Decreto Ley 241/

Ley No. 51, Ley del Registro del estado Civil de 15 de julio de 1985.

LÓPEZ SUÁREZ, MARCOS A Y JOSÉ ANTONIO SEOANE RODRÍGUEZ: *Normativa jurídica Básica de las personas con discapacidad*, Fundación Paideia, 2001.

MARTIN OZCARIZ, JOSÉ: *CAPACIDAD, incapacidad, inhabilitación y emancipación en la República Argentina*, www.emancipa.htm, (18 de Diciembre del 2008)

MARTÍNEZ DÍE, R. *Instituciones De Derecho Privado*, Tomo IV, Volumen 2, Familia CIVITAS, 2002.

MESA CASTILLO, OLGA: *Derecho de Familia, Modulo 1*, Editorial Félix Varela, 2004

MESA CASTILLO, OLGA: *El niño discapacitado en Cuba*. Disquisiciones jurídicas desde un enfoque de políticas públicas, Ponencia, Junio 2005

MESA CASTILLO, OLGA: *Principales normativas jurídicas de protección a la familia a través de la historia de Cuba colonial y neo-colonial*. CD ROM.

MOISSET DE ESPAÑÉS, LUIS, *Notas sobre el Anteproyecto del Código Boliviano de Familia*, www.derechoteca.com/gacetabolivia/ley-12760-del-06-agosto-1975.htm, texto consultado el (17 de Septiembre del 2008)

MOISSET DE ESPAÑÉS, LUÍS: *Los incapaces absolutos y los incapaces relativos de hecho, Estudio de Derecho argentino y comparado*, www.derechoteca.com/gacetabolivia/ley-12760-del-06-agosto-1975.htm (17 de Julio del 2008)

PATROCINIO, A.: *Incapacidad, algunos aspectos notariales*, CD ROM: Biblioteca del Poder Judicial de España, 2004.

PEDREIRA MASSA, J.L, *Peritaje en la infancia*, Universidad de Oviedo, [www.peritaje en la infancia.rtf](http://www.peritaje.en.la.infancia.rtf) , (9 de Junio de 2008)

PEÑARANDA QUINTERO, HÉCTOR RAMÓN, *La patria potestad*, www.monografias.com (28 de Julio de 2008)

PERAL COLLADO, DANIEL: *DERECHO DE FAMILIA*, Editorial Pueblo y Educación, Cuba, 1980.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO: *La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda*, CD ROM

RIVERO VALDÉS, ORLANDO: *Temas de Derechos Reales*, Editorial Félix Varela, 2003

RODRÍGUEZ TORRES, E: *La Capacidad Civil. Limitaciones en su regulación jurídica en nuestra Legislación vigente*. Conferencia Jurídica Nacional ONBC, La Habana, Noviembre de 2001.

SIBÓN OLANO, A.: *Los procesos de incapacitación en la legislación española*, CD ROM: Biblioteca del Poder Judicial de España, 2004.

TORO Y GISBERT, M: *Pequeño Larousse Ilustrado*. La Habana, Edición Revolucionaria. 1968.

TORRES ROIG, INÉS CECILIA: *La capacidad de obrar y su graduación en torno a las instituciones de guarda y protección*, Tesis presentada para la opción de Master en Derecho Interdisciplinario de Familia.

VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL CARMEN: *Compendio de Derecho Civil*. La Habana, Editorial Félix Varela, 2004.

VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL CARMEN: *Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana*. CD ROM

VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL CARMEN: *Derecho Civil*, Editorial Félix Varela, 2006

VARELA AUTRAN, B.: *La discapacidad en el Derecho español y la Constitución española, en Discapacidad intelectual y Derecho*, IV Jornadas, Granada 23 y 24 de octubre de 2003, Fundación Aequitas, Colección La Llave, número 1, Madrid, 2004.

ANEXO

Entrevista cualitativa a expertos con más de diez años de experiencia en la práctica judicial, entre ellos seis jueces del Tribunal Provincial Popular y de municipios de la provincia y quince abogados del Bufete Colectivo de Cabaiguán y Sancti Spíritus también con más de diez años de experiencia en su actividad, a los cuales se les indagó sobre sus criterios de la declaración judicial de incapacidad tanto referido a la parte sustantiva como al procedimiento y con relación a sus valoraciones respecto a las formas más efectivas de protección al patrimonio de las personas incapacitadas.