



Entramado

ISSN: 1900-3803

comunicacion.ayc.1@gmail.com

Universidad Libre

Colombia

Galiano-Maritan, Grisel; Noa-Pérez, Hanny; Morffi-Collado, Claudia Lorena
Las instituciones de guarda y cuidado en el ordenamiento familiar cubano. Pautas y retos
Entramado, vol. 12, núm. 2, julio-diciembre, 2016, pp. 112-124

Universidad Libre
Cali, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=265449670009>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Las instituciones de guarda y cuidado en el ordenamiento familiar cubano. Pautas y retos*

Grisel Galiano-Maritan

Licenciada en Derecho. Máster en Ciencias de la Educación Superior por la Universidad de Ciego de Ávila y Máster en Derecho Civil por la Universidad de la Habana. Actualmente Gestora de Formación, Investigadora y Profesora de Derecho Civil II y III de la Universidad de Guayaquil, Ecuador.
grisgaliano1986@gmail.com

Hanny Noa-Pérez

Licenciada en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila, Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanística, Carrera de Derecho de la Universidad Máximo Gómez Báez, Ciego de Ávila, Cuba.
hannynp@sma.unica.cu

Claudia Lorena Morffi-Collado

Licenciada en Derecho. Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Carrera de Derecho. Universidad de Ciego de Ávila, Máximo Gómez Báez, Cuba. Notaria habilitada.
claudia@sma.unica.cu

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre la necesidad de regular en el Código de Familia cubano aquellas instituciones jurídicas de guarda y cuidado para complementar la capacidad de aquellas personas carentes de ella, o que la poseen, pero con limitaciones, en aras de impedir su indefensión. El objetivo es fundamentar los presupuestos teóricos normativos sobre las instituciones de guarda y cuidado en el ordenamiento jurídico familiar cubano. Para ello se emplearon métodos científicos, y técnicas propias de las ciencias jurídicas, dentro de ellos el histórico – lógico, exegético – analítico, jurídico comparado; y la técnica de investigación empleada fue el análisis de documentos. Se trata de un estudio eminentemente teórico, el tipo de investigación es descriptiva y la metodología empleada, cualitativa. Este estudio arrojó como principal resultado la necesidad de regulación de las instituciones de guarda y cuidado en el Código de Familia cubano ante la existencia de sujetos del Derecho carentes de capacidad de obrar, o con capacidad restringida.

PALABRAS CLAVE

Capacidad, capacidad restringida, incapacidad, discapacidad, guarda, protección, tuición.

Guard's institutions and care in the Cuban family order. You guidelines and challenges

ABSTRACT

The present work turns about the necessity of regulating in the classification juridical Cuban relative guard's juridical institutions and care to supplement the capacity of those lacking people of her, or that they possess it, but with limitations, for the sake of impeding its indefensión. The objective is to base the normative theoretical budgets on guard's institutions and care in the classification juridical Cuban relative. For they were used it methods scientific, and technical characteristic of the juridical sciences, inside them the historical one - logical, exegético - analytic,

Recibido: 03/08/2015 Aceptado: 10/11/2015

* <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n2.24226> Este es un artículo Open Access bajo la licencia BY-NC-SA (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>)

Como citar este artículo: GALIANO-MARITAN, Grisel; NOA-PÉREZ, Hanny; MORFFI-COLLADO, Claudia Lorena. Las instituciones de guarda y cuidado en el ordenamiento familiar cubano. Pautas y retos. En: Entramado. Julio - Diciembre, 2016. vol. 12, no. 2, p. 112-124, <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n2.24226>



juridical compared; and the technique of used investigation was the analysis of documents. It is an eminently theoretical study, the investigation type is descriptive and the used methodology, qualitative. This study hurtled as main result the necessity of regulation of guard's institutions and care in the Cuban Code of Family before the existence of subject of the lacking Right of capacity of working, or with restricted capacity.

KEYWORDS

Capacity, restricted capacity, inability, discapacidad, keeps, protection, custody

As instituições de guarda e cuidado no ordenamento familiar cubano. Diretrizes e desafios

R E S U M O

Este trabalho enfoca a necessidade de regulamentar no Código de Família cubano essas instituições de tutela e cuidados legais para complementar a capacidade dessas pessoas sem ela, ou que a possuem, mas com limitações, a fim de evitar seu desamparo. O objectivo é informar os pressupostos teóricos normativas sobre as instituições de tutela e de cuidados no direito de família cubana. Para estes métodos científicos foram utilizados, e apropriado, entre elas as técnicas ciência jurídica históricos - lógico, exegéticos -, direito comparado analítica; e técnica de pesquisa utilizada foi a análise de documentos. Este é um estudo eminentemente teórico, o tipo de pesquisa é descritiva e metodologia, qualitativa. Este estudo resultou como principal resultado a necessidade de regulamentação das instituições de tutela e cuidados na cubana Código da Família sujeita à existência da lei falta de capacidade legal ou com capacidade limitada.

PALAVRAS-CHAVE

Capacidade, capacidade limitada, deficiência, deficiencia, cuidado, proteção, custódia.

Consideraciones introductorias

Actualmente, los menores de edad, los mayores declarados judicialmente incapaces y las personas que presentan alguna discapacidad, forman parte de un sector que muestra diferentes niveles de dependencia, sin significar esto que puedan ser excluidos de la toma de decisiones con relevancia para regir sus bienes y su persona. Con el objetivo de que estas personas con capacidad restringida o incapacidad puedan actuar dentro del mundo jurídico, se hace urgente la utilización de los mecanismos de protección adecuados para que logren su efectiva participación. El Estado cubano¹, gracias a las políticas de seguridad social y atención a personas con padecimientos que le provocan algún grado de minusvalía, ha alcanzado logros en el aumento de la esperanza de vida, sin embargo, a la par de estos logros todavía existen patologías que continúan afectando su capacidad. Por ello, la guarda y el cuidado de estas personas ha sido objeto de atención para las nuevas instrucciones, tanto legislativas, como jurisprudenciales, en pos de lograr una protección individualizada que tenga en cuenta las circunstancias y características específicas de la persona que se está protegiendo.

Esta nueva orientación responde a las exigencias de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, realizada en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, con el fin de promover y proteger los

derechos y la dignidad de las mismas, señalando un cambio paradigmático de las actitudes y enfoques a partir de los principios rectores que desarrolla. La Convención centró la atención de los Estados sobre situaciones muy específicas que hasta nuestros días no tenían respaldo legal debido a la ausencia de múltiples instituciones tutelares.

La legislación familiar, aunque ha evolucionado en las actuales concepciones tutelares, no reconoce entre los articulados del Código de Familia instituciones como la patria potestad prorrogada y rehabilitada, la curatela, la guarda de hecho y administrativa, el defensor judicial, el acogimiento familiar y la autotutela, las cuales necesitan un adecuado tratamiento jurídico, al permitir que las personas incapaces, discapaces y con capacidad restringida puedan actuar válidamente en el ámbito del Derecho.

Las circunstancias antes descritas demandan que se garantice, por parte del ordenamiento familiar cubano, un respaldo jurídico más efectivo mediante el cual se regulen las instituciones de guarda y cuidado de forma eficaz, para lograr su adecuada aplicación a las distintas situaciones en la que se pueden encontrar las personas.

Fundamentar la necesidad de incluir presupuestos teóricos normativos sobre las instituciones de guarda y cuidado en el ordenamiento jurídico familiar cubano constituye el objetivo central de nuestro trabajo.

Como objetivos específicos se proponen:

1. Sistematizar los criterios teóricos del contenido de las instituciones de guarda y cuidado para complementar la capacidad de las personas incapaces y discapacitadas.
2. Valorar la inclusión en el Código de Familia cubano de las instituciones de guarda y cuidado, en aras de ofrecerle a las personas incapaces y discapacitadas una adecuada protección jurídica legal y familiar.

Este estudio está dirigido a académicos, operadores del Derecho y en especial a los legisladores.

I. Marco teórico

I.I. La capacidad, la incapacidad y la discapacidad en el ordenamiento jurídico cubano

El Derecho, al regular las relaciones jurídicas que se generan entre los hombres, tiene como eje cardinal a la persona, estableciendo de forma justa y ordenada la convivencia pacífica de los hombres en sociedad, de modo que su existencia es un “*prius*” para la longevidad del Derecho.

En la doctrina, diversos tratadistas como Diez Picazo, Cifuentes, Hualde Sánchez, etc., han definido a la persona, existiendo entre ellos consenso sobre sus principales elementos. Por ejemplo, Díez Picazo y Gullón consideran persona “todo ser humano, es decir, naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre” (1992. p. 2226). Para Cifuentes Santos (1999) son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones. Hualde Sánchez expone “ser persona, es tener aptitud para ser sujeto de derechos o sujeto activo o pasivo de una relación jurídica, y añade, ser persona es tener capacidad jurídica, o lo que es lo mismo, tener personalidad” (1997. p. 109).

La persona es, sin lugar a dudas, el tema esencial del Derecho Civil, pues ciertamente la persona natural y jurídica es considerada como su eje central, al ocuparse de ella en sí misma, de la protección de sus atributos, cualidades, de su desarrollo como ser humano digno y de la celebración de sus actos más trascendentales dentro de la comunidad. Si bien técnicamente no sólo el hombre es considerado persona, pues alegóricamente se aplica, de forma traslática tal denominación a realidades sociales distintas de aquél, las cuales actúan en el tráfico jurídico como personas jurídicas, es lo cierto que para el Derecho Civil, la persona humana, natural, física, constituye el núcleo duro, lo medular, aquello sin lo cual perdería su esencia (Dihigo, 1987).

Ergo, el término persona correspondió a los juristas romanos y se definió como todo miembro de la especie humana, poseedor de atributos y cualidades que han de ser reconocidos por el Derecho. Actualmente, nadie pone en duda que todos los seres humanos son personas, y, por ende, sujetos portadores de valores que ha de reconocer y venerar la organización social.

Para los romanos, la persona física o natural debía reunir requisitos físicos, naturales y jurídicos. El ser humano para considerarse como persona desde el punto de vista físico, debía nacer (separación del claustro materno), nacer vivo, dar muestra de vida, dejar oír su voz, moverse y ser viable, nacer dentro del tiempo normal como fin natural de la gestación, o sea, no ser prematuro (Fernández, 2006). El nacido debía tener figura humana, ateniéndose para ello solo a la morfología de la cabeza, sin importar la del cuerpo. Al principio, la existencia humana tuvo dos límites: el nacimiento y la muerte, posteriormente el Derecho extendió sus efectos, alcance y protección más allá de sus límites.

En el orden jurídico, la persona natural tiene como atributo o calidad esencial a la personalidad. Según el criterio de Pescio (1978), la personalidad es el pleno acceso a la adquisición de derechos y obligaciones, está amplia e indiscriminadamente reconocida a todos: ancianos y jóvenes, poderosos y humildes, creyentes y no creyentes, exigiendo como única condición la de ser hombre.

Se opina que la personalidad, como *conditio iuris*, es la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas reconocidas por el Estado², es un atributo esencial e inseparable del ser humano, lo cual significa que, si se es persona, se tiene personalidad por el solo hecho de serlo, con independencia de las características físicas o psíquicas de cada individuo.

El Código Civil cubano de 1987 hace alusión al momento en que se inicia la personalidad en su artículo 24, acentuando que comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte.

Existen cinco teorías respecto al surgimiento de la persona como sujeto de derechos y obligaciones (Valdés, 2004). La teoría de la concepción establece que la personalidad nace con la concepción. La teoría del nacimiento parte del nacimiento como hecho cierto para determinar el comienzo de la personalidad (al concebido no se le atribuye vida propia hasta que no es separado del claustro materno). La teoría de la viabilidad establece que no solo debe nacer, sino que además debe nacer vivo y con la aptitud para ser capaz de vivir fuera del claustro materno. Dentro de esta teoría existen dos variantes: la teoría de la viabilidad fisiológica, algunos partidarios exigen sanidad y perfección, otros las condiciones mínimas para continuar viviendo con indepen-

dencia física de su madre; y la teoría de la viabilidad legal, la cual exige la existencia de vida independiente de la madre por el término establecido por la ley.

De la hermenéutica del artículo 24, pudiéramos pensar que se acoge a la teoría del nacimiento, pero con la interpretación minuciosa del precepto siguiente nos percatamos que no es exactamente así.

El artículo 25 del propio texto legal establece que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le resulten favorables (Hung, 2009)³, a condición de que nazca vivo, lo que evidencia que nos afiliamos a la teoría ecléctica en la regulación jurídica referente al reconocimiento de la personalidad⁴ (Galindo, 1993).

La capacidad es la aptitud de la persona para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es decir, la idoneidad del individuo que determina la eficacia de los actos realizados por él, según su estado civil.

El Código Civil cubano en el artículo 28.1 hace referencia a la capacidad jurídica como la aptitud que tiene toda persona natural para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento⁵, pero el apartado segundo señala que el ejercicio de la capacidad se rige por las disposiciones del mismo Código y por la legislación especial, según el caso (Ruggiero, 1929).

En tal sentido, resulta necesario establecer las diferencias existentes entre las manifestaciones o clases de la capacidad jurídica civil: la denominada capacidad jurídica de derecho, goce o adquisición y la capacidad de obrar, de hecho, o de acción.

La capacidad de derecho, goce o adquisición es la aptitud para la titularidad y el goce de los derechos, está estrechamente relacionada con la personalidad, por ser general e inalterable, con la única diferencia que la primera es un atributo inherente a la persona, y la segunda es manifestación concreta que se vincula a relaciones jurídicas determinadas.

Empero, no a todas las personas el ordenamiento jurídico puede reconocer el ejercicio de su capacidad en la misma medida, pues no siempre las personas reúnen los requisitos exigidos para intervenir en relaciones jurídicas concretas.

La capacidad de obrar puede ser vista desde diferentes situaciones:

- a. La plena capacidad
- b. La capacidad restringida o limitada
- c. La carencia de capacidad

En ocasiones, una persona con plena capacidad de obrar puede no reunir todos los requisitos que se necesitan para realizar un acto válidamente, por lo que se afirma que tiene limitada su capacidad. Para O'Callaghan (2000), la capacidad restringida es el grado intermedio de la capacidad de obrar, la persona con esta capacidad actúa por sí mismo en el mundo jurídico, pero precisa de un complemento para la validez de ciertos actos jurídicos.

La capacidad restringida se manifiesta como una limitación parcial de la capacidad de obrar, en la que se establece como presunción que el individuo tiene aptitud para el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones sin ayuda de terceros, y al mismo tiempo, estará imposibilitado de actuar por sí solo en otros actos jurídicos, para los cuales requerirá la asistencia de otra persona.

El Código Civil cubano al regular la capacidad restringida en su artículo 30, en opinión de Valdés Díaz (2013), ofrece una situación intermedia, al permitir cierto grado de actuación de las personas discapacitadas en correspondencia con la supuesta madurez y posibilidades físicas que posean para realizar algunos actos jurídicos, pero circunscribiéndose a los que satisfacen las necesidades normales de la vida diaria. El precepto en análisis resulta ambiguo y limitado, siendo necesario evaluar en cada caso concreto si el acto que pretenda realizarse clasifica en tal expresión, con el correspondiente peligro de brindar apreciaciones subjetivas ante la ausencia de pautas ofrecidas por el legislador.

El supuesto del segundo inciso no ofrece herramientas útiles para determinar el significado exacto de "enfermedad o retraso mental", por lo que los aplicadores del Derecho necesitarán auxiliarse de los exámenes periciales para precisar la discapacidad y, en consecuencia, poder restringir la capacidad de obrar.

Con respecto al tercer inciso, se considera desacertada su redacción, al situar en el ámbito de la capacidad restringida a "los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco". Si en razón del impedimento físico que padece el discapacitado éste no puede expresar su voluntad inequívocamente, y si la voluntad es el nervio central de cualquier acto jurídico, quien esté impedido de trasladarla del plano mental o subjetivo, no estará en condiciones de ejercer por sí derechos y deberes jurídicos.

La ausencia total de la capacidad está prevista en el Código Civil cubano para los menores de 10 años y para los mayores que han sido declarados incapaces para regir su persona y sus bienes⁶, en este supuesto, se obtiene por declaración del Tribunal Municipal Popular mediante un proceso de jurisdicción voluntaria, y solo excepcionalmente ante igual instancia, pero en un proceso contencioso.

1.2. Perspectiva constitucional de tutición a los discapacitados en Cuba

Para el Estado cubano, es una prioridad desde el 1.^o de enero de 1959 -con el triunfo de la Revolución- la atención a las personas que presentan alguna discapacidad, con el fin de mejorar su calidad de vida y la integración social en igualdad de derechos. Para adentrarse en la protección brindada en Cuba a los discapacitados, resulta necesario conocer los tres enfoques que conforman las políticas públicas en cuestión según el criterio de Valdés Díaz (2006) y Pérez Gallardo (2006).

El primero de los enfoques es el médico, encaminado a los procesos de tipo orgánico que pueden instituir la causa de aparición de la discapacidad, el tratamiento adecuado y las posibles vías de remediarla, si ello fuera posible, también percibe acciones como el diagnóstico, la prevención y la rehabilitación, encauzadas todas a favorecer un mejor nivel de funcionamiento de la persona con discapacidad.

En aras de brindar un tratamiento adecuado a las personas con discapacidad, se creó la Comisión para la Rehabilitación Comunitaria (RBC) que ejerce acciones con un enfoque integral para todas las discapacidades en los aspectos médicos, psicológicos, sociales, familiares, laborales y educativos, integrada al programa del médico de la familia. El objetivo general es rehabilitar a las personas con discapacidad en su propio entorno comunitario, con participación activa de la persona discapacitada, la familia, la asociación de discapacitados y la comunidad organizada.

Otro enfoque es de tipo educativo, que tiene como objetivo fundamental brindarles a estas personas con discapacidad una atención educativa especial, la que comprenda todas las acciones necesarias para lograr el mayor grado de desarrollo de las mismas. El sistema de educación especial cubano para personas con discapacidad, ha sido estimado por múltiples organizaciones internacionales como uno de los más avanzados por los logros alcanzados en la integración del discapacitado a la sociedad⁷.

El último de los enfoques es el socio-jurídico, vinculado con el empleo, la accesibilidad, la eliminación de barreras arquitectónicas, el uso de los recursos sociales y la asistencia social, el reconocimiento de los derechos de los que son titulares y la tutela legal de su ejercicio en los distintos ámbitos de su vida: civil, familiar, laboral.

En Cuba, dando continuidad a un arduo trabajo, se 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 Mi-

nistros, que constituye un compromiso gubernamental en el contexto de política social, dentro del marco intersectorial y multidisciplinario, vertebrado a nivel nacional, provincial, municipal y local, sustentado en la estructura funcional existente en los organismos y organizaciones que participan en su ejecución, que promueve, elabora y consolida las diversas acciones comprometidas.

Para la atención a las personas con discapacidad se crea el grupo de trabajo multisectorial, denominado Consejo Nacional para la Atención a las Personas con Discapacidad (CONAPED)⁸, el cual es el responsable de verificar su marcha y promover las coordinaciones necesarias para su aplicación.

Cuba, a lo largo de los años, ha venido efectuando un arduo trabajo para la protección de las personas con discapacidad, encontrando respaldo legal en la Constitución de la República de 1976, reformada en el año 1992 y 2002, la cual, a pesar de no hacer alusión de manera expresa a los discapacitados -concepto-, sí los protege.

El Capítulo VII del referido cuerpo legal, titulado "Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales" establece en sus artículos 47 al 54 la protección al sector poblacional constituido por enfermos, desvalidos, los que son inaptos para desempeñar una actividad laboral a cargo de la seguridad o de la asistencia social, etc.

El artículo 47 señala: "Mediante el sistema de seguridad social, el Estado garantiza la protección adecuada a todo trabajador impedido por su edad, invalidez o enfermedad".

En el artículo 48 se 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 prestarle ayuda".

El artículo 49 ofrece protección y garantía al derecho que tiene toda persona, una vez que sufra un accidente o enfermedad profesional, para que pueda contar con todos los medios necesarios para atenderse y subsistir económicamente hasta su recuperación.

Por último, el artículo 54 regula todo lo relacionado con el derecho de reunión, manifestación y asociación, con el fin de colocar en las manos de los trabajadores, todos los medios necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades. En tal sentido, existe la Asociación Cubana de Impedidos Físicos-Motores (ACLIFIM), la Asociación Nacional de Ciegos (ANCI), la Asociación Nacional de Sordos de Cuba (ANSOC) y la Federación de Mujeres Cubanasy incorporada desde su creación al Consejo Nacional para la Atención de las personas discapacitadas, el cual tiene un plan de ac-

ción específico para el trabajo con las mujeres discapacitadas desde 1995, coordinado con organismos estatales y con organizaciones no gubernamentales como las mencionadas *ut supra*; dicho plan tiene como objetivos principales: desarrollar un trabajo diferenciado con las mujeres asociadas a la ACLIFIM, la ANSOC y la ANCI; realizar programas de orientación y educación a madres, padres, familiares de niños y jóvenes discapacitados a través de las Casas de Orientación a la Mujer y la Familia, con el objetivo de propiciar la incorporación de mujeres discapacitadas a los cursos que ofrece esta organización para brindarles oficios que le permitan su superación e incorporación al trabajo.

Si bien se puede aseverar que en el ordenamiento constitucional cubano se establece desde la Constitución un régimen de protección a las personas discapacitadas, se debería atemperar su normativa a los Convenios y tratados internacionales que en Cuba se han ratificado.

I.3. Acercamiento a las instituciones de guarda y cuidado

La patria potestad, para Galindo Garfias (2015), es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, afirmándose que no es propiamente una potestad, sino una función propia de la maternidad y la paternidad.

La patria potestad, al ser un supuesto de representación legal, no admite renuncia ni sustitución de los padres, porque los derechos que la integran van íntimamente unidos a obligaciones o deberes que no son factibles declinar voluntariamente, precisamente por su intransmisibilidad; imprescriptibilidad y generalidad, pues encierra los intereses personales y patrimoniales de los hijos, otorgando en ambos padres funciones de representación y administración.

Un ejemplo que demuestra que la patria potestad no admite renuncia ni sustitución de voluntad, por ser intransferible, es lo relacionado con los trámites de subsanación de error en la certificación de nacimiento del menor; y es general, porque comprende la suma de los intereses y relaciones con el menor o incapaz, sea de carácter personal o patrimonial.

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

El artículo 92 del Código de Familia regula que la patria potestad se extingue por la muerte de los padres o del hijo; por el matrimonio del hijo que no ha alcanzado la mayoría

de edad, por arribar el hijo a la mayoría de edad o por la adopción del hijo.

Otra de las instituciones de guarda existentes es la tutela, definida por Manresa Navarro (1925) como la suma de facultades y deberes atribuidos por la ley a todo ciudadano en su plena capacidad jurídica civil, para suplir la falta que tienen los menores o incapacitados, que no están sujetos a la patria potestad, para atender al cuidado de su persona y la administración de sus bienes.

La doctrina reconoce varios tipos de tutela: en primer lugar la tutela testamentaria, la cual viene instituida por testamento; en segundo lugar la tutela legal, para este caso, si los padres no hubiesen elegido tutor, o el designado no fuera confirmado por el juez, o posteriormente falleciera o fuera removido del cargo, el juez deberá nombrar a alguno de los parientes, o sea, los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexo; y en tercer lugar, la tutela dativa, que aparece cuando no existe tutor nombrado por testamento o vía notarial, ni de los designados por ley. En consecuencia, la necesidad de amparar y proteger al menor o incapacitado hace que determinado órgano (judicial, administrativo o familiar, en dependencia del sistema tutelar imperante) sea el encargado de designar a la persona que ha de ocupar el cargo.

La tutela de los menores de edad es regulada en el artículo 145 del Código de Familia⁹, el cual refiere: El tribunal citará a los parientes de éste hasta el tercer grado, que residan dentro su demarcación o en la de otro de la misma ciudad o población en que tenga sede, a fin de celebrar una comparecencia, en la que oirá a los parientes que asistan, y al menor si tuviera más de siete años. Se tendrá en cuenta la preferencia manifestada por el menor y la opinión de sus parientes. La tutela de un mayor le otorga al tutor la autoridad y responsabilidad legal de tomar decisiones en nombre de su tutelado¹⁰.

Otra de las instituciones de guarda es la curatela, que, en ocasiones, ha sido identificada con la tutela, sin embargo, entre ellas existen marcadas diferencias.

La curatela constituye un órgano estable, de actuación intermitente, como afirma acertadamente Lacruz Berdejo (1984), al caracterizarse, no por representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino de asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos concurrencia por vía de asesoramiento, consejo o asistencia.

Por otro lado, se afirma que, para su aplicación, no es necesario suplir la capacidad del cuartelado como en la tutela, sino complementarla transitoriamente y para los actos legales que se requiera por ley. Su aplicación es mucho más

restringida que la de la tutela, pues no se utiliza a los fines de ejercer vigilancia y cuidado general sobre el necesitado, tampoco requiere representación legal, al estar limitada su esfera de actuación en sentido general por la ley, y específicamente, por el juez en su sentencia. La aplicación de la curatela es esencialmente de control y asistencia de las personas para actos que puede realizar por sí, pero con el complemento del curador.

La guarda administrativa, también conocida como guarda de hecho, es otra de las figuras de tuición utilizada para el caso de determinadas situaciones transitorias en la que se encuentran determinados menores que, aun no estando actualmente en situación de desamparo, corren el riesgo de estarlo. Para Fabrega Ruiz (1998), es aquella institución que se rige por una situación en la cual una persona, de manera general y continuada, sin nombramiento judicial, ni administrativo, ni deber legal de protección y cuidado, asume funciones tuitivas, ya sea en el ámbito patrimonial o personal, respecto a menores, incapaces y presuntos necesitados de ellos.

La situación básica que actúa como presupuesto de la guarda es, así como en la tutela *ex lege*, la noción de desamparo; sin embargo, la diferencia con la tutela es que la guarda procede, aunque realmente aquel resultado no haya llegado a originarse (Tena, 1997, p. 252).

Los padres o tutores pueden solicitar al Tribunal la guarda, cuando por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, para evitar dejarlos en desamparo, lo que no significará que cesan todas las funciones propias de la patria potestad o de la tutela, ni en el ámbito personal, ni en el patrimonial de los menores. También podrá solicitarla la autoridad judicial, teniendo en cuenta la protección jurídica que al menor se le confiere por todos los ordenamientos jurídicos familiares.

También se encuentran el defensor judicial y el acogimiento familiar. En el primer caso, se trata de una figura nombrada por un juez, con el objetivo de representar y amparar los intereses de algunas personas en determinados supuestos en los que pueden estar desprotegidos, cuando no puedan hacerlo sus progenitores, el tutor o el curador, o cuando éstos no existan.

La segunda, atiende la protección de los menores privados de una adecuada atención familiar, utilizada como una medida para lograr la protección de los menores desamparados o en riesgo de serlo. Dentro de ella se reconocen dos tipos de acogimiento, el llamado familiar, y el residencial.

En el caso del acogimiento familiar permite materializar la tutela o la guarda, pero resulta una medida más idónea o na-

tural que el acogimiento residencial, en este caso se integra al menor en una nueva familia -dispuesto por la autoridad judicial- que sustituye la familia del menor.

El acogimiento residencial se considera, en cambio, una medida hospitalaria que se le brinda al menor -en aquella situación que lo requiera- para ser acogido en un establecimiento dedicado al efecto, cuyo director será quien ejerza esa función protectora.

Por último, se analizará la autotutela, tutela voluntaria, o delación voluntaria de la tutela, como aquel poder de autodeterminación que toda persona debe tener como consecuencia de su autonomía de la voluntad¹², con el fin de que aun siendo capaz, y en previsión de su propia incapacidad, pueda en el futuro designar a su tutor mediante documento público notarial, teniendo en consideración que nadie mejor que la propia persona para conocer las cualidades y condiciones personales de quien puede sobrevenidamente ser su tutor, y estar sometidos al régimen de protección predeterminado por el Código Civil.

En el caso de Cuba, la ley sustantiva en materia familiar solo reconoce como instituciones de guarda y cuidado a la patria potestad y la tutela, desconociendo las posibilidades de protección que brindan las instituciones a las que se ha hecho alusión.

I.4. Las instituciones de guarda y cuidado. Proposiciones de *lege ferenda* en el ámbito civil y familiar cubano

Desde los años 90 y hasta la actualidad, se encuentra en proceso de análisis un nuevo Código de Familia, que se ha convertido en uno de los cuerpos legales de más extenso íter legislativo, no vislumbrándose todavía su posible promulgación.

En la legislación familiar cubana, existe aún ausencia de algunas de las instituciones de guarda y cuidado frente a la capacidad, incapacidad y la discapacidad, reconociéndose solamente la patria potestad y la tutela, la primera regulada en los artículos del 82 al 98 y la segunda del artículo 137 al 166 respectivamente.

La patria potestad es una institución de carácter jurídico, no obstante, obedece a razones de índole natural, como es el hecho del nacimiento o la generación, y que resulta en esencia, la más completa y auténtica forma de protección y defensa de aquellas personas que no han alcanzado la plena capacidad de obrar.

En el caso de la tutela, es un mecanismo de protección jurídica de contenido personal y patrimonial, así refiere Peral

Collado (1984), al definirla como la institución que tiene por objeto la defensa y cuidado de las personas y el patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse.

Dentro de las características de la tutela, se afirma que es un cargo público, voluntario, de confianza, removible, que constituye una potestad, e implica representación y asistencia, además de ser un cargo unitario, porque se nombra un tutor único para cada pupilo¹².

La segunda característica está dada por la importancia que el Estado le concede, por lo que goza de la condición de cargo público, generalmente obligatorio, y bajo la estricta vigilancia de funcionarios estatales, como el fiscal y el juez que se encargan del desempeño adecuado del mismo.

Es voluntario, porque nuestra legislación lo concibe como un cargo que se asume voluntariamente, aún cuando una vez aceptado su ejercicio es obligatorio, y la renuncia solo procede si se prueba la existencia de una causa justificada para ello.

La confianza está dada por la designación, es decir, una persona de probada rectitud, honestidad y de la cual se espera una actuación similar a la de un buen diligente padre de familia. Es removible porque el tutor puede resultar removido de su cargo por el desempeño inadecuado del mismo, y, en consecuencia, responderá patrimonialmente por los daños y perjuicios causados al tutelado.

La tutela funciona como un poder, pero a la vez como un deber impuesto al tutor en beneficio del tutelado, implicando representación y asistencia, pues el tutor no solo asumirá el cuidado físico de la persona y los bienes del tutelado -lo que incluye educación, alimentación, recreación, etcétera- sino que también ha de asumir su representación legal, por lo que a nombre del mismo concurrirá a determinados actos jurídicos e intervendrá en procesos judiciales y otros. La inclusión de otras instituciones tutelares se encuentran preceptuadas en el Anteproyecto del Código de Familia (proceso de Codificación que ha seguido el nuevo Código familiar cubano y que aún no ha visto la luz con su promulgación), al regular importantes fundamentos que tienen un hondo sentido ético y responden a las insuficiencias por las que transita actualmente el Derecho cubano, en aras de preservar el principio de igualdad y la plena integración social de todas las personas en la sociedad.

Se regulan instituciones como la patria potestad prorrogada y rehabilitada, la curatela, la guarda de hecho, el acogimiento familiar y la autotutela. No obstante, se considera que aún se deben perfilar, teniendo como eje las bases teóricas propuestas para que la normativa sea más exhaustiva y coherente.

En el Anteproyecto de Código de Familia, se prevé que el ejercicio de la patria potestad también puede ser ejercido por los abuelos del menor, por lo que no sería desacertado brindarles a estos la legitimidad para la designación testamentaria de tutor a favor de sus nietos, sin embargo, el mencionado Anteproyecto no hace alusión a los sujetos que tendrán la legitimación para la designación testamentaria.

También se conceptualiza brevemente la tutela, y se reconocen otros tipos como la testamentaria, legítima, administrativa, legal y dativa. El artículo 216 define que la tutela legal es la ejercida por los directores de los establecimientos asistenciales sobre los incapaces internos en estos centros.

En cuanto a la tutela testamentaria, los padres pueden nombrar o designar a la persona que pretenden que sea el tutor de sus hijos en caso de fallecimiento, realizándose conjuntamente o por separado en un documento notarial. En este caso, lo ideal sería que las escrituras coincidan, pero también pueden no coincidir en el testamento; y en este supuesto, sería el tribunal el encargado de dictaminar lo que estime más favorable para el menor, los menores o el incapacitado. No se prevé la posibilidad de nombramiento de tutor por otro tipo de documento notarial que no sea el testamento, y concede esa facultad solo a los padres del menor o incapaz, renunciando a lo que es norma en otros tantos países, es decir, que puedan hacerlo también otras personas, incluyendo al tutor ya en ejercicio, y el extraño que instituya heredero al pupilo o le deje bienes en cantidad considerable.

La regulación de esta posibilidad en el Anteproyecto resultaría novedosa y esencial en materia de tutela testamentaria, pues no colisionaría con la designación realizada por los padres. El principal fundamento sería que nadie instituye heredero ni deja legado, sino media un beneficio más favorecedor, y, por tanto, se presume la buena intención para dicha designación. Sin dudas, esta alternativa emergiría en un peldaño más a escalar por el tribunal para la constitución de la tutela, obteniendo designaciones tan sensibles y benéficas como las que pudieran figurarse para ambos padres.

La propia formulación de la patria potestad restablecida puede considerarse absoluta, automática o apriorística en el Anteproyecto, ya que resulta amplia la condición de la cual se hace pender. El artículo 121 del ya citado cuerpo legal regula: "El Tribunal restablece la patria potestad cuando el hijo o hija mayor de edad sea declarado judicialmente incapacitado, siempre que no haya formalizado matrimonio, o cuando el hijo o hija de diecisésis años de edad haya disuelto el vínculo matrimonial".

Al respecto, deben tenerse en cuenta las propias variaciones demográficas y de la familia como institución. Sin embargo, no se le niega su virtualidad, pues se enmarca dentro

del instituto protective natural, y es regulada de manera similar en otros ordenamientos foráneos¹³.

La patria potestad prorrogada es regulada en el artículo 120 del Anteproyecto del Código de Familia, pero aún mantiene la intervención del Fiscal en condición de promoviente del proceso judicial por el que se constituye.

El Código de Familia cubano tampoco regula la curatela como institución encargada de completar la capacidad de quienes, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de asesoramiento o complemento. Las personas afectadas con estas limitaciones carecen en la actualidad de los mecanismos necesarios para completar su deficiente capacidad, o de exigirles a aquellas personas que asumen las funciones propias de un curador, así como los deberes y responsabilidades por los males que su mal gobierno o gestión provoquen.

El Anteproyecto de Código de Familia, afortunadamente, norma la curatela dentro de los mecanismos de tutición, partiendo de concebirla como complemento de la capacidad restringida que se regula en el artículo 30 del Código Civil cubano. De esta forma, en su artículo 237 establece: "La curatela es la autoridad que se confiere, con carácter transitorio, a una persona mayor de edad, para que complemente la capacidad de obrar de otra persona en aquellos actos que la ley lo requiere por razón de edad y capacidad restringida, exceptuando los menores de edad sujetos a patria potestad o tutela; lo que significa que se regula de esa forma para dar 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.

El artículo 230 del Anteproyecto regula la guarda de hecho y sus efectos. La escritura del precepto se manifiesta de la siguiente forma: El que asuma por sí, transitoriamente y por causa justificada, la guarda de hecho de un menor de edad o mayor de edad incapacitado, responde de los actos que realice como si fuera tutor. En cualquier momento el guardador puede acudir ante el tribunal para que le defiera la tutela y este resuelva según proceda. El siguiente artículo preceptúa que los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor de edad o incapaz, no pueden ser impugnados si redundan en su utilidad. En tal sentido, se opina que la regulación de la guarda de hecho es muy permisiva y amerita una regulación más explícita.

Se hace necesario la inclusión en el Anteproyecto de un defensor judicial, en cuanto a la posible existencia de intereses contrapuestos entre el guardador y el guardado, cuya figura lleva implícita la designación de una persona para una

situación de hecho transitoria que se pueda originar entre el sometido a la institución de guarda y el guardador, institución que puede tener semejanza con la curatela, aunque esta última entraña una representación legal.

La ley sustantiva familiar cubana no admite de forma expresa la autotutela, pues no brinda la posibilidad de que una persona capaz, en previsión de su propia incapacidad, pueda diseñar ella misma como desea que se materialice su protección en el futuro, y pueda pronunciarse sobre el nombramiento de su tutor de acuerdo a sus intereses, afectos y preferencias, es decir, respetando su voluntad.

El artículo 206 del Anteproyecto del Código de Familia establece: "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 pueden ser impugnadas 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".

De allí se concluye que se prevé la introducción de la autotutela como elemento novedoso, pero con determinadas previsiones necesarias para su aceptación por parte del tribunal, situando en el primero de los órdenes establecidos para la constitución de la tutela a la persona que haya sido designada en escritura pública notarial por el hoy declarado incapaz, dándole una importancia primordial a la libertad, la autonomía de la voluntad y la dignidad de la persona.

Sin embargo, el mencionado Anteproyecto no regula lo concerniente al registro de autotutelas, el cual ha adquirido importancia en los ordenamientos jurídicos que lo han incluido¹⁴. Indebidamente no se hace extensivo tampoco la autodelación a la figura de la curatela. Tampoco se regula de manera clara y precisa la llamada autotutela negativa o de exclusión al estilo de la norma española, mediante la cual se prescinde expresamente de la tutela a determinadas personas que por ser parientes cercanos del incapacitado pudieran ser declarados tutores.

En suma, por la importancia que tiene para nuestro país el amparo de los menores, las personas discapacitadas y las que carecen de plena capacidad, se hace necesario crear los mecanismos y vías para su cuidado y asistencia, por lo que resulta urgente atemperar la normativa vigente en sede familiar, a partir de la puesta en práctica de las instituciones tuitivas que posibiliten una adecuada protección de las mismas.

2. Metodología

La metodología empleada en el trabajo es cualitativa y el tipo de investigación es descriptiva, utilizando los siguientes métodos de carácter jurídico:

Teórico jurídico: Este método ha permitido el análisis de fuentes bibliográficas de autores reconocidos en el estudio teórico doctrinal de la materia como Valdés Díaz, O'Callaghan, Lacruz Berdejo, Fabrega Ruiz, Diez Picazo, entre otros, evidenciando los disímiles criterios respecto al contenido de las instituciones de guarda y cuidado, así como los principales aspectos de interés que confluyen en la doctrina.

Jurídico comparado: Debido al soslayo del legislador en el tratamiento de las instituciones de guarda y cuidado, se utiliza este método con el objetivo de comparar la regulación jurídica del Código de Familia cubano en relación con algunos códigos foráneos, en aras de encontrar soluciones que sirvan de base para el rediseño de los presupuestos que conforman las mencionadas instituciones frente a la incapacidad y la discapacidad en el ordenamiento jurídico familiar cubano.

Exegético-analítico: Supone la interpretación del sentido y alcance de las normas que regulan el objeto de la investigación, así como de las causas que provocan la sobriedad normativa en torno a las instituciones de guarda y cuidado en el Código de Familia cubano.

Método hermenéutico: Permitió la realización de juicios de validez, vigencia y eficacia de las normas que regulan el objeto de la investigación, interpretando el sentido y alcance de las mismas. Este método será aplicado tanto a las normas jurídicas del Derecho vigente en Cuba, como a las normas de Derecho comparado.

Dentro de las técnicas de investigación se utilizó el Análisis de documentos: Este método permitió analizar de manera objetiva y coherente documentos jurídicos como las sentencias, baluarte jurisprudencial de la aplicación del Derecho que permitieron realizar valoraciones cualitativas sobre la necesidad de una regulación más completa de las instituciones de guarda y cuidado.

La relevancia y utilidad del tema seleccionado dimanan de la propia problemática que enmarca la investigación, dirigida al perfeccionamiento de la regulación jurídica de las instituciones de guarda y cuidado en el Derecho familiar cubano. La novedad científica que devela la investigación está determinada por el estudio de los presupuestos teóricos y normativos fundamentales sobre las instituciones de guarda y cuidado, para el logro de la adecuada aplicación de las

figuras tutivas que tácitamente se regulan en el Código de Familia actual, y las que no se encuentran reguladas, pero que necesitan normarse para estar a tono con las tendencias actuales del Derecho de Familia.

3. Resultados

Los principales resultados que arrojó la investigación son:

Fundamentar la necesidad de regular las instituciones de guarda y cuidado en el Código de Familia cubano, ante la existencia de sujetos del Derecho carentes de capacidad de obrar, o con capacidad restringida, que le permitan tener una plena y cabal integración familiar y social, así como una activa participación en el mundo jurídico.

El aporte de un material bibliográfico actualizado con las últimas tendencias a nivel internacional para la aplicación de las instituciones de guarda y cuidado frente a la incapacidad y la discapacidad.

4. Conclusiones

De todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir, que en la legislación familiar vigente en Cuba no existe ausencia total de las instituciones de guarda y cuidado, pues se reconocen como instituciones tutelares la patria potestad y la tutela que permiten el amparo de los menores de edad, y de aquellos mayores que han sido declarados judicialmente incapaces por razón de edad o enfermedad.

Sin embargo, se obvian otras que son de gran importancia para complementar la capacidad de aquellos que carecen de ella, o que simplemente la tienen limitada. Tal es el caso de la autotutela, la curatela, el defensor judicial, la guarda de hecho, la guarda administrativa y el acogimiento familiar, las cuales se prevén en el actual Anteproyecto del Código de Familia de Cuba.

Del análisis de su contenido se afirma, que, aun así, se soslayan aspectos constitutivos indispensables para una acabada regulación, situación que establece la necesidad imposible de redactar una norma que regule adecuadamente su contenido, teniendo como base los presupuestos teóricos que la conforman, de manera que pueda ofrecer un tratamiento más íntegro y eficiente.

Sirva éste estudio para avalar la necesidad de incluir en el ordenamiento jurídico familiar cubano las posibles soluciones jurídicas sobre las instituciones de guarda y cuidado, al proporcionarles una adecuada protección a las personas discapacitadas, que carecen de plena capacidad o la tienen restringida para actuar en el mundo jurídico.

5. Recomendaciones

5.1. En el orden investigativo

A las Facultades de Derecho de todas las Universidades del país a través de sus Consejos Científicos

Incentivar el desarrollo de investigaciones referentes a las instituciones de guarda y cuidado frente a la capacidad, la incapacidad y la discapacidad en Trabajos de Curso o Diploma, por la importancia práctica y doctrinal que tienen en la actualidad, en aras de ampliar su tratamiento normativo y jurisprudencial.

5.2. En el orden académico

Que los resultados alcanzados en la presente investigación científica constituyan referentes doctrinales en el tratamiento jurídico de las instituciones de guarda y cuidado frente a la incapacidad y la discapacidad en nuestro Código de Familia, con el fin de lograr una normativa familiar perfeccionada y eficiente.

Sería útil que la presente investigación sea utilizada como material bibliográfico en la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Ciego de Ávila “Máximo Gómez Báez”, sede Manuel Ascunce Doménech, puesta a disposición de los profesores, operadores del Derecho y estudiantes, para contribuir al desarrollo investigativo de los estudiosos del Derecho Civil y de Familia.

5.3. En el orden normativo

A la Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular

El rediseño de la normativa familiar vigente en Cuba, referente a las instituciones de guarda y cuidado, que contenga preceptos modernos acorde a los defendidos en esta investigación, sustentados en los criterios teóricos y prácticos que han adquirido importancia por la ausencia de las instituciones de protección y guarda de las personas que, por razón de su edad, enfermedad, o simplemente por la vejez, no tienen los mecanismos idóneos para garantizar su participación en el mundo jurídico.

Conflictos de intereses

Las autoras declaran no tener ningún conflicto de intereses.

Notas

- I. Un ejemplo de los logros alcanzados por el Estado cubano es evidenciado en el sector de la Educación, al contar con el subsistema de educación especial creado por Resolución Ministerial N° 247/1980, perfeccionado una década después, con expresión legal en la Resolución Ministerial N° 160/1991. El propio Ministerio de Educación por Resolución N° 126/1985 dispuso la aplicación a los niños de edad temprana y preescolar que presentaren insuficiencias, desviaciones o defectos en la audición, la visión, el lenguaje y el desarrollo intelectual, de un plan educativo que posibilitara la corrección y compensación de tales deficiencias y autorizó a las direcciones provinciales de Educación que tuvieran las condiciones creadas, a prestar la atención a los niños antes mencionados, mediante la creación de círculos infantiles especiales o salones especiales en los círculos infantiles y el trabajo de orientación a los padres. En 1986 se dicta por el propio Ministerio la Resolución N° 172 sobre creación e incorporación al Subsistema de Educación Especial de la atención de la enseñanza de los adultos con deficiencias auditivas en escuelas o aulas nocturnas. La Resolución N° 290/1990 estableció el plan de estudio experimental para el nivel medio básico de la educación de sordos e hipoacúsicos. Respecto de los limitados físico y motores, la Resolución N° 13/1985 dispuso que las direcciones provinciales y municipales de educación establecieran las coordinaciones pertinentes con la ACLIFIM en sus diferentes instancias para la localización y cualquier otro tipo de gestión necesaria a fin de que todos los menores con limitaciones físicas o motores que pudieran valerse por sí mismos ingresaren en los centros docentes correspondientes del Sistema Nacional de Educación aun cuando usaren aparatos ortopédicos, tuvieran tratamiento médico sistemático y requirieran de la ayuda de sus padres, del colectivo de trabajo de la escuela y de los propios estudiantes. Asimismo estableció de forma experimental que la atención pedagógica a los niños impedidos físicos o motores graves que no permitiera su asistencia a la escuela se brindare de forma individualizada en el propio lugar de residencia del menor por maestros y profesores ambulatorios, lo cual fue hecho extensivo a los adultos en iguales circunstancias conforme con la Resolución 276/1990 de 12 de junio.
2. La Sentencia No. 742 de 29 de junio de 2001 del Tribunal Supremo Popular de Cuba de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Único Considerando, teniendo como ponente a DÍAZ TENREIRO establece que: “(...) la personalidad es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, por lo que todo individuo por el mero hecho de serlo tiene personalidad y consecuentemente posee capacidad jurídica, manifestándose ésta como el atributo o calidad esencial de la personalidad”.
3. El *conceptus* o concebido se define como el ser humano durante la etapa prenatal, que se extiende desde la concepción, hasta el completo desprendimiento del clauso materno, el cual es tutelado de manera especial y en diversos ámbitos de protección por parte del ordenamiento jurídico.
4. En tal sentido, el Código Civil español de 1889 se acogió a esta doctrina que establece que la personalidad se origina con el nacimiento, pero retrotrae sus efectos al momento de la concepción, reconociéndole derechos al concebido, pero únicamente a los extremos que le sean favorables. El Código Civil mexicano en su artículo 22 establece que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Ello quiere decir que el ordenamiento jurídico ha establecido medidas de diversa índole tendentes a conservar los derechos que al nacer habrá de adquirir junto con la categoría de persona. El artículo 337 del Código Civil mexicano dispone cuándo se tiene por nacida a una persona, para todos los efectos legales.
5. La doctrina romana de la capacidad se desenvolvía toda en torno al triple status, el primero; el *status libertatis*, el segundo el *status civitatis* y por último el *status familiae*, de los cuales los dos primeros constituían

condiciones esenciales de la capacidad jurídica y el último daba lugar a la distinción de personas *sui juris* y personas *alieni juris*, determinando en los sometidos al poder ajeno una incapacidad en la esfera del derecho privado.

6. *Vid.* Artículos 30 y 31 del Código Civil cubano de 1987. El artículo 37 del Código Civil de Paraguay regula que tienen incapacidad de hecho las personas por nacer, los menores de catorce años de edad, los enfermos mentales y los sordomudos, los cuales no saben darse a entender por escrito o por otros medios.
7. El subsistema de educación especial fue creado por Resolución Ministerial N° 247/1980, perfeccionado una década después, con expresión legal en la Resolución Ministerial N° 160/1991. El propio Ministerio de Educación por Resolución N° 126/1985 dispuso la aplicación a los niños de edad temprana y preescolar que presentaren insuficiencias, desviaciones o defectos en la audición, la visión, el lenguaje y el desarrollo intelectual, de un plan educativo que posibilitara la corrección y compensación de tales deficiencias y autorizó a las direcciones provinciales de Educación que tuvieran las condiciones creadas para prestar atención a los niños antes mencionados, mediante la creación de círculos infantiles especiales o salones especiales en los círculos infantiles y el trabajo de orientación a los padres. En 1986 se dicta por el propio Ministerio la Resolución N° 172 sobre la creación e incorporación al Subsistema de Educación Especial para los adultos con deficiencias auditivas en escuelas o aulas nocturnas. La Resolución N° 290/1990 estableció el plan de estudio experimental para el nivel medio básico de la educación de sordos e hipoacúsicos.
8. El CONAPEP es un órgano colegiado, integrado por todos los organismos e instituciones del Estado, fue creado por Resolución N° 4/1996 de 2 de abril del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social con el propósito de continuar promoviendo las medidas eficaces para la prevención de discapacidades y el logro de una integración plena en la vida social de los discapacitados.
9. En caso de no poder designar tutor, el Tribunal decidirá guiándose por lo que resulte más beneficioso para el niño. *Vid.* Artículo 145 apartado 2. Los requerimientos para ser designado tutor de un menor de edad se encuentran regulados en el artículo 146 del Código de Familia.
10. Según lo que establece el artículo 148 del Código de Familia, corresponderá la tutela del mayor declarado incapacitado por su orden: al cónyuge; a uno de los padres; a uno de los hijos; a uno de los abuelos y a uno de los hermanos.
11. La Sentencia de 12 de mayo del 2003, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la sección 4^a, en su cuarto Fundamento de Derecho, con apoyo en la Exposición de Motivos del Código de Familia de Cataluña, establece: "El respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad individual, han sido consustanciales en el derecho civil de Cataluña. Como recuerda la exposición de motivos del actual Código de familia (en su apartado II) el derecho catalán ha considerado siempre la familia la institución social básica y la primera célula de la sociedad; pero también que el vigor que nuestro derecho ha conferido la institución familiar y el sentido protecciónista que impera han sido siempre compatibles 'con el reconocimiento de la personalidad individual y con la máxima libertad de las personas que en ella forman parte'; y por esta razón de respeto a la máxima libertad la Exposición de Motivos mencionada también dice que: "en este mismo marco del respeto de la autonomía de la voluntad puede incardinarse la institución de la autotutela, según la cual cualquier persona con plena capacidad de obrar puede designar y establecer las condiciones de su organismo tutelar, en previsión de una futura declaración de incapacitado".
12. Por solo citar dos ejemplos; el artículo 361 del Código Civil de Chile establece que podrán nombrarse por testamento dos o más tutores o curadores que ejerzan simultáneamente la guarda; y el testador tendrá la facultad de dividir entre ellos la administración. Y el artículo 505 del Código Civil de Perú regula que, si fueren nombrados dos o más tutores en testamento o por escritura pública, el cargo será desempeñado

en el orden del nombramiento, salvo disposición contraria. En este último caso, si el instituyente no hubiera establecido el modo de ejercer las atribuciones de la tutela, ésta será mancomunada.

13. *V.gr.* en el artículo 171 del Código Civil español se regula que: "(...) Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, (no se constituirá la tutela, sino que) se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad (...)".
14. Por solo citar un ejemplo de Derecho comparado, el Código Civil de España en su artículo 218 regula que las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil.

Referencias bibliográficas

1. DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, Volumen I, en Introducción y Parte General, Derecho de las personas, Derechos reales y posesión, Madrid, Editorial Reus (S.A), 1929, Volumen I.
2. DÍEZ PICAZO, Luis Y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Octava Edición, Madrid: Editorial Tecnos, 1992, p. 226. Volumen I.
3. CIFUENTES SANTOS, Elementos de Derecho Civil, Parte General, Editorial Astrea, Cuarta edición actualizada y ampliada, Segunda Reimpresión, 1999.
4. DIHIGOY LÓPEZ TRIGO, Ernesto, Derecho Romano, Tomo I, Segunda Parte, ENPES, La Habana, 1987.
5. FABREGA RUÍZ, Francisco y Mercedes HEREDIA PUENTE, Protección legal de incapaces, Colex, Madrid, 1998.
6. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, et. al., Manual de Derecho Romano, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2006.
7. GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Comentarios al artículo 22 del Código Civil Mexicano", Libro Primero: De las personas, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
8. GALINDO GARFIAS, Ignacio, La Patria Potestad, Disponible en Wide Web: <http://www.buenas tareas.com/ensayos/patria potestad/>, Consultado el día 16 de enero de 2015.
9. HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, La personalidad jurídica, en Manual de Derecho Civil, coordinado por PUIG FERRIOL, Lluís, et. al., Marcial Pons, Madrid, 1997.
10. HUNG GIL, Freddy Andrés, Una aproximación crítica al estatus jurídico del concebido no nacido En: IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época A.C, 2009, no. 23, ISSN 1870-2147.
11. LACRUZ BERDEJO, José Luis, El nuevo régimen de la familia. La tutela y otras instituciones afines, Civitas Madrid, 1984.
12. MANRESA Y NAVARRO, José María, Comentarios al Código Civil Español, Tomo II, Quinta Edición corregida y aumentada, Editorial REUS (S.A.), Madrid, 1925.
13. PERAL COLLADO, Daniel, Derecho de Familia, Primera Reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1984.
14. PESCIO V, Victorio, Manual de Derecho Civil, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978.
15. O'CALLAGHAN, Xavier, La declaración de incapacidad, la protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales, Primera Edición, Civitas Ediciones S.L, Madrid, 2000.

16. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B, La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda *en*; Nuevos perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Profesora Dra. Olga Mesa Castillo, Aida Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo, Coordinadores, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2006.
17. TENA PIAZUELO, Isaac, Panorama de la Guarda Administrativa de menores tras la ley de protección jurídica de 1996, *En: Revista Jurídica de Navarra*. Julio - diciembre, 1997, no. 24
18. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, "Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpinteriana", *En: IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nueva Época A.C. julio-diciembre, 2010. año IV, no. 26, ISSN 1870-2147.
19. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana *En: Nuevos perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Profesora Dra. Olga Mesa Castillo, Aida Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo, Coordinadores, Ed. Rubinzal – Culzoni*, Buenos Aires, 2006.
20. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, Compendio de Derecho Civil, La Habana, Editorial Félix Varela, 2004.
21. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, "Comentario al artículo 29 del Código Civil cubano", en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coordinador) et. al., "Comentarios al Código Civil cubano", Tomo I, Disposiciones Preliminares, Libro Primero, Relación Jurídica, Volumen I, artículos del I al 37, Editorial Universitaria Félix Varela, La Habana, 2013.

Fuentes Legales

22. Código Civil de la República de Cuba, Ley 59 de 16 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988, Divulgación de MINJUS, La Habana, 1988.
23. Constitución de la República de Cuba, reformada en 1992 y en el 2002, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 7, de 1º de agosto de 1992, última modificación, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 3, de 31 de enero de 2003.
24. Código Civil de España redactado por Decreto 1836 de 31 de mayo 1974; en desarrollo de la Ley 3 de 17 de marzo 1973.
25. Código de Familia de la República de Cuba, Ley 1289 de 1975, Divulgación del MINJUS, LA Habana, 1999.
26. Código Civil de la República del Perú, promulgado por Decreto Legislativo N° 295/1984 de 24 de junio, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de Jorge PALMA MARTÍNEZ, Ediciones y Distribuciones "Palma"«aceptación»«Palma», Lima, 1994.

Fuentes jurisprudenciales

27. La Sentencia No. 742 de 29 de junio de 2001 del Tribunal Supremo Popular de Cuba de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo.
28. La Sentencia de 12 de mayo del 2003, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.