



UNIVERSIDAD DE SANCTI SPÍRITUS

JOSÉ MARTÍ PÉREZ

Facultad de Humanidades

Departamento de Derecho

**Trabajo de Diploma en opción al Título de Licenciado
en Derecho**

Título

**La guarda de hecho y sus efectos en el adulto mayor con capacidad
jurídica restringida.**

Autora

Jeiny Dailany Cáceres González

Tutora

MSc. Yadira Martín Luis

Sancti Spíritus

2019

Saber envejecer es la obra maestra de la vida.

Amiel

Dedicatoria

A la memoria de mis abuelos por acompañarme en mi camino.

A mis padres por sostenerme mientras camino.

A mis hermanos por ser mis cómplices y no dejarme sola.

A mi pareja por todo.

Agradecimientos

A Dios por hacer mis sueños realidad.

A mis padres por la vida, por ser incondicionales conmigo, por ser mi fuerza y mi inspiración.

A mis hermanos por su cariño, comprensión y por apoyarme en todo momento.

A mi pareja por su gran amor, atención, apoyo incondicional y comprensión. Por haber estado en todo momento dándome fuerzas para continuar. Por ser quien eres...

A mis sobrinos por ser el rayito de luz que iluminan mis días.

A mis familiares por su cariño y dedicación.

A mis suegros porque han estado a mi lado ayudándome, por su comprensión y por haberme permitido ser parte de su familia.

A mi tutora por haber asumido esta tarea a mi lado, por guiarme, enseñarme, por toda su ayuda.

A mis compañeros de aula por cinco años maravillosos.

A mis compañeras de aula Elizabeth y Yoseli por ese extra que necesité para llegar.

A mi prima Adis Leonor por ayudarme siempre que lo necesito.

A mis profes por la profesión.

A la Jueza Meilyn por marcar mis pasos en esta tesis.

A mis vecinos por estar pendiente de mí en todo el trayecto de la tesis.

Muchas gracias

Jeiny

Resumen

Cuba es actualmente uno de los países más envejecidos de América Latina, lo que trae consigo que el ordenamiento jurídico brinde una protección adecuada a los ancianos. La capacidad de obrar de estas personas puede verse limitada o restringida por determinadas cuestiones, colocándolas en una situación especial de sujeción a ciertos mecanismos de guarda. Para la protección de estas personas, ya sea en el ámbito personal o patrimonial, no se exige acudir a un proceso de modificación de la capacidad, sino que existen otros instrumentos respetuosos con su capacidad natural y libre desarrollo de su personalidad, tales como la guarda de hecho. La necesaria y urgente adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad exige que se revisen las instituciones clásicas de protección. A estas exigencias da respuesta la siguiente investigación, consagrando, la guarda de hecho como una verdadera institución de protección, dotándola de un régimen jurídico que debe establecer los mecanismos que faciliten la legitimación del guardador para realizar actos en beneficio de la persona, para evitar los abusos, respetando, el principio que se impone como el núcleo y eje de la nueva regulación y la voluntad de la persona.

Abstract

Nowadays Cuba is one of the countries with a most ageing population of Latin America, which brings about that the juridical legislation offers a proper protection to the elderly people. The acting ability of these persons can be limited or restricted by certain factors, putting them on a special situation of subjection to certain guard mechanisms. To protect these people, either in the personal or patrimonial environment, it is not demanded to turn up to an ability modification process, but there are other respectful instruments with their natural ability and free development of its personality such as the fact of the guard. The necessary and urgent adjustment of our juridical legislation to the Convention of the rights of people with disability demands a revision of the classic protection institutions, the principles that justify its functioning and the rules that must be followed by people who practice the measures. The present research gives answers to these demands, making the fact of guard as a real protection institution, giving it a juridical regimen which establishes the mechanisms that make easier the legitimization of the keeper to carry out actions in benefit of the person. At the same time there is the proper guarantee to avoid the abuse, respecting, in all case the principle that applies as the center of the new regulation, the willingness and preferences of the person.

ÍNDICE

	PÁG
Introducción	1
Desarrollo	8
1.Aspectos generales acerca de la persona, la capacidad, la discapacidad y la capacidad restringida	8
1.1. El hombre como persona. Su protección en el Derecho Civil	8
1.2. La capacidad	9
1.3. Distinción entre discapacidad y capacidad restringida	12
1.4. Prevención, diagnóstico y valoración de la discapacidad	19
2.Protección jurídica del adulto mayor en el ordenamiento jurídico cubano	21
2.1. La protección del adulto mayor en la Constitución de la República de Cuba	21
2.2. La protección del adulto mayor en el Código de Familia	21
3.Limitaciones de la no regulación de la guarda de hecho como mecanismo de protección del adulto mayor con capacidad jurídica restringida	24
4.Instituciones de guarda y cuidado	25
4.1. La patria potestad y la tutela como únicas instituciones de guarda reconocidas en Cuba	25
4.1.1. La patria potestad	26
4.1.2. La tutela	27
4.2. Breve acercamiento a otras instituciones de guarda y cuidado	29
4.2.1. La curatela	30
4.2.2. El defensor judicial	31
4.2.3. El acogimiento familiar	32
4.2.4. La autotutela o delación voluntaria de la tutela	34
4.2.5. La guarda de hecho	36
4.2.5.1. Derecho comparado	37
5.La guarda de hecho	40
5.1. Concepto	40
5.2. Naturaleza jurídica	42
5.3. La constatación de la guarda de hecho	44
5.4. Los sujetos que intervienen	45
5.4.1. El guardador	46
5.4.1.1. La cuestión de la retribución al guardador	47
5.4.2. El guardado	47
5.4.2.1. Incapaces no incapacitados	47
5.5. Medidas de control y vigilancia de la guarda de hecho	49
5.6. Ámbito al que puede extenderse la guarda de hecho	50
5.7. Cuentas entre el guardador y guardado. Responsabilidad del guardador	51

5.8. Extinción	51
6.Comparación entre las instituciones tutela y guarda de hecho	52
7.Ventajas y desventajas del reconocimiento de la guarda de hecho en el ordenamiento familiar cubano	54
7.1. Ventajas	54
7.2. Desventajas	56
Conclusiones	57
Recomendaciones	58
Referencias bibliográficas.	59

INTRODUCCIÓN

Sin el hombre y sin su vida social no habría razón de ser para el derecho. Es eje central de la relación jurídica y elemento subjetivo de su estructura. Su atributo esencial y consustancial que siempre lo acompaña es su personalidad, directamente relacionada con la capacidad.

La realización efectiva de determinados valores universales, como lo son los derechos fundamentales de la persona, es un empeño de las sociedades avanzadas contemporáneas. En el marco del nuevo humanismo, éstas sociedades van consolidando un sistema de normas de desarrollo del constitucionalismo, insertándolos en las instituciones de todo el ordenamiento jurídico. (Albaladejo, 2000)

Cuando se habla de "derechos humanos", resulta ya un anacronismo referirse sólo a las materias propias del derecho político y del derecho penal, pues hoy su influjo ha de extenderse necesariamente a los derechos sociales, culturales y civiles de todos. De esta manera aquella configuración de los derechos humanos dentro del ámbito del derecho público, se ha desarrollado. (Diez-Picazo y Guillón, 1999).

Cuando ha de abordarse el estudio de cualquier grupo, como lo es el de la "gente mayor", la "tercera edad" o los ancianos e incapacitados, se ha de comenzar por hacer referencia a este núcleo esencial de derechos civiles que puedan realizarse sobre las normas jurídicas que hagan referencia a este colectivo.

No obstante es significativo que los grandes textos universales han olvidado hacer referencia específica a este grupo social. La carta de la ONU cita y enumera los derechos humanos en su texto pero, cuando trata de eliminar discriminaciones o desigualdades menciona sólo a las que se derivan de la raza, sexo, idioma o religión. (Fernández Castellón, 2001).

La protección de las personas que por su edad o por razón de incapacidad no puedan actuar de forma prudente en el mundo jurídico, se ha convertido en un tema esencial para todas las sociedades y en particular para la sociedad

cubana, donde es prioridad del Estado garantizar la salvaguarda de estas personas.

En el ámbito jurídico, desde hace un par de décadas ha comenzado a surgir en el contexto internacional y comparado, la idea de la creación de un estatuto que otorgue un adecuado marco de protección a los adultos mayores.

El acelerado envejecimiento de la población mundial en el presente siglo se aproxima a una situación singular, cada día más personas sobrepasan las barreras cronológicas que el hombre ha enmarcado como etapa de la vejez. El envejecimiento ha dejado de ser una exclusividad de algunos para convertirse en la oportunidad de muchos. Siendo, esto uno de los mayores logros de la humanidad, que puede transformarse contradictoriamente en un serio desafío, si las diferentes sociedades no son capaces de brindar soluciones adecuadas a las consecuencias que del mismo se derivan. (Abreu Vázquez, 2009)

Las personas adultas mayores plantean desafíos específicos, al constituirse como una población heterogénea en términos de salud, discapacidad y demanda de servicios, lo cual insta y reclama atención priorizada y especializada desde toda la sociedad. Junto al progresivo proceso de envejecimiento, aumentan los índices de dependencia de estas personas, por ello, las salidas a este problema transitan por el desarrollo atemperado y evolutivo de las estructuras sociales, económicas y culturales.

La disminución paulatina de las capacidades físicas y mentales de los ancianos, los coloca en la condición de grupo vulnerable, los cuales requieren de derechos especiales para un tratamiento distintivo ante los procesos legales y sociales de forma general, y contribuir así a su mejor calidad de vida.

Resaltan, en medio de cualquier examen, los cuantiosos recursos que el Estado destina a inversiones y reparaciones de hogares de ancianos y casas de abuelos, así como a sufragar los gastos, siempre crecientes, de la seguridad social.

Cuba no dispone de un instrumento jurídico único destinado a la protección del adulto mayor. Son varias las leyes de mayor o menor rango que abordan distintas aristas del tema, pero no de forma sistémica e integrada¹.

Faltó, la visión para aquilatar la enorme potencialidad que, en sentido general, y especialmente en lo que a la capacidad restringida y discapacidad se refiere, podían reportar otras formas de protección.

Por ello, las personas con limitaciones que no les privan totalmente de su capacidad carecen hoy de los mecanismos necesarios para complementar tales restricciones, o para exigir responsabilidades de quienes asumen las funciones propias de protección, mediante formas distintas a la tutela que, si bien no están reconocidas por la ley, resultan comunes en la realidad social. Dígase, entre otras, la curatela, la autotutela, el defensor judicial, el acogimiento familiar y la guarda de hecho.

Toda legislación que se precie de defender el amparo de aquellas personas en situación de inferioridad jurídica, debe hacer descansar su normativa en la pluralidad de instituciones de guarda y la posibilidad de graduar el estado real de la incapacidad. La guarda de hecho² tiene una gran trascendencia en la vida diaria ya que la mayoría de los casos de protección se ejercen a través de esta figura. Por diversos motivos son escasas las incapacitaciones que se producen en la práctica por lo que la importancia de esta institución es innegable.

De esta forma la misma se delimita como una institución de protección privada que actúa como cierre de todas las demás con el fin de evitar que existan personas judicialmente desamparadas.

¹La Constitución de la República de Cuba dedica varios de sus artículos al reconocimiento de todos los derechos y garantías previstos en la ley, sin que la edad implique motivo de discriminación. El Código de Familia, por su parte, cuenta con dos importantes instituciones jurídicas de impacto para la protección de los adultos mayores: la tutela y la obligación legal de dar alimentos. Esta última, es la vía para solicitar apoyo de la familia, que incluye no solo los alimentos en su sentido literal, sino todo aquello que resulte indispensable para la subsistencia. Entretanto, el Código Civil regula lo relativo a la capacidad jurídica y sus diferentes estadios: desde su goce pleno hasta su ausencia, pasando por situaciones que la restringen. La legislación familiar cubana, de 1975, mantuvo la limitada unidad de guardaduría heredada del Código Civil Español y previó como única institución de protección la tutela, reservada, en el caso de los adultos mayores, a aquellos declarados judicialmente incapaces.

²«Al contrario, si algo se constata en la vida diaria es que se trata de un mecanismo jurídico de protección de incapaces y menores que posee una gran potencialidad para resolver las cuestiones que constantemente se presentan».

Esta realidad que enfrenta hoy Cuba en la que sin duda los mayores afectados son los mayores de edad involucrados en dicho conflicto, precisa encontrar alguna solución en la legislación familiar cubana que pueda erradicar los efectos y consecuencias de esta importante institución y que permita garantizar los intereses y derechos del adulto mayor con capacidad jurídica restringida.

Existe un escaso desarrollo doctrinal y legislativo del tema en el Derecho Familiar Cubano, pues aunque existen algunos estudios en los cuales se hace una valoración de manera muy general del problema , ninguno se ha pronunciado en brindar las bases para lograr una adecuada regulación de esta institución de guarda y cuidado en el ordenamiento jurídico familiar cubano, para eliminar esa desprotección que tienen los mayores de edad con la capacidad jurídica restringida , de ahí la novedad del tema en cuestión .Debido a ello se remitió a textos, revistas, ponencias, artículos, trabajos de diplomas, tesis y otros documentos, todos en soporte digital y encontrados en sitios web, de procedencia extranjera, todo lo cual permitió profundizar y sistematizar los conocimientos existentes sobre el tema y lograr la finalidad deseada.

Es por ello que la presente investigación resolverá el siguiente **problema científico**: El no reconocimiento de la guarda de hecho en el ordenamiento familiar cubano limita la protección del adulto mayor con capacidad jurídica restringida.

Guiara esta indagación el **objetivo general** que sigue: Demostrar la necesidad de regular la institución de la guarda de hecho en el ordenamiento familiar cubano.

En función de otorgar una solución anticipada a dicho problema de investigación se ha formulado la siguiente **hipótesis**: Si se regula la institución de la guarda de hecho en el ordenamiento familiar cubano existirá una amplia posibilidad de representación y protección del adulto mayor con capacidad jurídica restringida.

Variables:

-Variable dependiente: La institución de guarda de hecho.

-Variable independiente: Capacidad jurídica restringida

El objetivo general anterior responderá a los siguientes **objetivos específicos**:

- I. Analizar las categorías de persona, capacidad, discapacidad, capacidad restringida y las instituciones de guarda y cuidado, desde el punto de vista dogmático.
- II. Valorar los posibles efectos de la regulación de la guarda de hecho en el ordenamiento familiar cubano.

Esta investigación resulta de gran importancia por cuanto se hace necesario cuidar y proteger el bien máspreciado de la sociedad: la familia y con ella el interés del adulto mayor.

Asimismo, esta investigación es necesaria para contribuir con el buen actuar de los operadores jurídicos, en especial los jueces y fiscales, quienes son los responsables de resolver conflictos que involucran diversos intereses. Además, siendo un tema que cobra auge en la actualidad requiere de un estudio que permita dar soluciones desde el punto de vista teórico-práctico a este problema lo que demuestra la pertinencia del tema en cuestión. Así como la necesidad de estar en consonancia con lo que persigue el Lineamiento 274 del Partido en cuanto a continuar con el perfeccionamiento del sistema de justicia y la consolidación de la seguridad jurídica, en este caso de los mayores de edad.

Resulta que el Derecho no puede vivir ajeno a lo que sucede a su alrededor y requiere estar presente cuando de protección se trate. Precisamente la **novedad** de la investigación es ofrecer una valoración de los posibles efectos que la guarda de hecho pueda tener en el adulto mayor con capacidad jurídica restringida y así ampliar esa protección jurídica en el ordenamiento jurídico familiar cubano.

El artículo 274³de la actualización de los lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución para el periodo 2016-2021, referido al perfeccionamiento de nuestro sistema de justicia y la consolidación de la

³ El artículo 274 de la actualización de los lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución para el periodo 2016-2021 expone: Continuar el perfeccionamiento del sistema de justicia, en todos sus ámbitos y de sus órganos, organismos y organizaciones que lo integran o le tributan, consolidando la seguridad jurídica, la protección de los derechos ciudadanos, la institucionalidad, la disciplina social y el orden interior.

seguridad jurídica así como la protección de los derechos del ciudadano, se encuentra en concordancia con el tema en cuestión.

De acuerdo a la interpretación de este articulado, el hecho de otorgar una protección al adulto mayor con capacidad jurídica restringida y ejercerla a través de la figura de la guarda de hecho, dotándola de un régimen jurídico que debe establecer los mecanismos que faciliten la legitimación del guardador para realizar actos en beneficio de la persona y, a la vez, que existen las salvaguardias apropiadas para evitar los abusos, respetando, en todo caso, el principio que se impone como el núcleo y eje de la nueva regulación, la voluntad y preferencias de la persona, garantiza la consolidación de la seguridad jurídica de este sector de la sociedad. La necesidad de su inclusión en el ordenamiento jurídico cubano a su vez contribuye a la adecuada protección de los derechos ciudadanos y al perfeccionamiento de su sistema de justicia respondiendo a las prioridades y necesidades del mundo actual.

Para la realización de esta investigación fueron empleados diferentes **métodos** divididos en teóricos y empíricos.

Métodos teóricos

-Método de análisis-síntesis: Son válidos para el estudio de la doctrina y las normas jurídicas nacionales y extranjeras, y para arribar a conclusiones parciales y generales.

Métodos empíricos

-Análisis de contenido: Con este método se analizaron distintos textos que permitieron realizar estudios doctrinales para sistematizar y enriquecer la información científica; los documentos utilizados fueron de la literatura internacional y de la legislación nacional e internacional.

Método de Derecho Comparado en la investigación jurídica: Con este método se realizó un estudio comparado de legislaciones de diferentes países como España, Argentina, México, Venezuela, Panamá, Costa Rica, Colombia y El Salvador en cuanto a las instituciones de la guarda de hecho, el acogimiento familiar, la tutela, la curatela, la patria potestad, la autotutela y el defensor judicial.

Las técnicas a utilizar en el orden empírico son las de **revisión y la de análisis de documentos**. Estas servirán de base para la indagación y acercamiento al contenido que proponen las tesis de grado, de maestrías, de doctorados, libros, revistas, artículos, entre otros documentos que contribuirán a un mejor entendimiento y valoración teórica del problema a investigar.

Es importante señalar, que el uso de estas técnicas brindará un apoyo científico a este trabajo de diploma, al poder analizarse criterios doctrinales acerca de la institución y el respaldo legal que presentan en regulaciones jurídicas foráneas.

Teniendo en cuenta la problemática esbozada y los objetivos expuestos en esta investigación, se obtuvieron los siguientes **resultados**:

-Elementos que constituyen una base teórica para el reconocimiento de la guarda de hecho en la legislación familiar cubana.

-La obtención de un material de estudio que a la vez que sistematiza alternativas de mejoras para la figura de la guarda de hecho, sostenga la necesaria regulación de la institución en el derecho familiar cubano.

DESARROLLO

1. Cuestiones generales acerca de la persona, la capacidad, la discapacidad y la capacidad restringida.

1.1. El hombre como persona. Su protección en el Derecho Civil.

La persona es una condición que se vincula al hombre, desde el Derecho Romano, si bien, en aquella época no era una consecuencia inmediata de la naturaleza humana, sino en tanto el hombre reunía los requisitos previamente establecidos por la ley para ser sujeto de derecho. (Díaz Magrans, 2006)

El profesor De Castro, distingue dos direcciones en la definición del concepto de persona: una positivista o normativista, que la considera como una consecuencia o mero reflejo de la atribución o imputación de derechos y obligaciones como disponga el derecho positivo; y otra iusnaturalista, que entiende por persona el término expresivo de la consideración jurídica que exige la dignidad humana. (Castro y Bravo, 2000)

La persona no solo es un sujeto de derecho y obligaciones, es algo más, su naturaleza es especial porque piensa y razona, decidiendo lo que quiere hacer, donde quiere ir, sus actos se inspiran en un motivo y se dirigen a un fin; razón por la que, la ley aparte de regular las relaciones jurídicas, debe implicar tanto en su contenido como en su aplicación e interpretación, el respeto a la dignidad del hombre. (Díaz Magrans, 2006)

La persona y la personalidad implican la titularidad de derechos y obligaciones, y la aptitud de mediante su ejercicio crear actos con efectos jurídicos de repercusión inmediata en la sociedad, por lo que es imprescindible conocer exactamente cuándo comienza y termina la personalidad. (Albaladejo, 2000)

El Derecho Civil reconoce al hombre como una persona natural y a ésta a su vez solo como ser capaz de asumir derechos y obligaciones, lo que sin dudas minimiza su condición de ser humano que lo hace merecedor además de una dignidad y derechos inviolables que le son innatamente inherentes, con

independencia de las características o cualidades físicas, psíquicas o sensoriales que posea.

El Código Civil cubano vigente desde 1989 sitúa en plano de igualdad a todas las personas. Sin embargo nada refrenda en ninguno de sus preceptos respecto al valor esencial que tiene la persona natural por su condición de única y exclusiva en el mundo, ni del derecho que le asiste al goce de una dignidad plena.

Pecando de parco el legislador cubano al regular en el Código Civil lo atinente al respeto de la dignidad plena del hombre ciñó su regulación a establecer en el artículo 38 que la violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecte el patrimonio o el honor de su titular, confiere a éste o a sus causahabientes la facultad de exigir el cese inmediato de la violación, la retractación por parte de ofensor y la reparación de los daños y perjuicios causados.

Si para el Derecho Civil la persona es su eje cardinal y la persona natural su núcleo medular, entonces desde el Derecho Civil un concepto más revolucionario de persona natural debe estar integrado por dos aspectos, primero: por el reconocimiento de su condición de ser capaz de derechos y deberes, y, segundo: por la especial protección a sus atributos y cualidades que tipifican su plena dignidad humana. (Albaladejo, 2004)

1.2 La capacidad.

Todo hombre es persona. 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. 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. (Diez Picazo y Guillón, 1999)

Aunque a veces se usen como sinónimos y sean consecuencia uno del otro, no deben confundirse los términos persona y personalidad. Si persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse la

aptitud del sujeto, activo o pasivo de relaciones jurídicas. Persona es el ser y personalidad un atributo del mismo.

El fundamento de la personalidad radica en la naturaleza humana, esto es, en la condición del hombre cual un ser que es de libre voluntad y que tiende a la realización de fines propios. Pero, pues la libertad en el querer no se comprende, ni los fines humanos se realizan fuera de la convivencia social, claro es que solamente dentro del estado de sociabilidad tiene el hombre la condición de persona. El individuo por sí sólo, absolutamente segregado de toda comunidad, perdería tal atributo, porque habría de faltarle la posibilidad del Derecho. (Díaz Magrans, 2006)

Para García Valdecasas, personalidad y capacidad son términos sinónimos; pues implican aptitud para derechos y obligaciones, o, lo que es igual, para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas y expone que la generalidad de los tratadistas estiman 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. (García Valdecasas, 1999)

Personalidad y capacidad son dos aspectos de una misma idea. Mientras que la personalidad implica la aptitud para ser sujeto de derecho 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 derecho y obligaciones, sean muchos o pocos y aun 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: capacidad para suceder. La personalidad se nos ofrece como inalterable. La capacidad está sujeta a oscilaciones. Se puede ser incapaz para suceder pero no por ello es más o menos persona (Puig Brutau, 2000)

La capacidad jurídica se despliega en dos manifestaciones: capacidad de derecho o capacidad de goce y capacidad de obrar o capacidad de ejercicio. (Puig Peña, 1996)

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 prohibiciones⁴.

La capacidad de obrar es contingente y variable. Es la capacidad de dar vida a actos jurídicos; de realizar 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 condiciona. (Puig Peña, 1996)

El sujeto de derecho con respecto a su capacidad de obrar, puede:

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

Una vez repasadas someramente estas cuestiones sobre la capacidad en sus dos modalidades, conviene precisar que existen circunstancias modificativas que afectan la capacidad de obrar o de ejercicio. Se fundan estas circunstancias en situaciones subjetivas de ciertas personas que obligan a la ley a retardar o suspender por un tiempo su aptitud para realizar actos

⁴Así por ejemplo al adoptante se le exige tener 25 años cumplidos como requisito adicional. No basta la mayoría de edad para poder adoptar pues para disfrutar de ese derecho se requiere aquella edad. Aquí la capacidad de adquisición se afecta porque se priva al individuo de este derecho al entenderse que en la edad que antecede a los 25 años no se está en aptitud para gozar del mismo. Por otro lado existen derechos que se prohíben a los individuos, por ejemplo se proscriben el matrimonio entre hermanos.

jurídicos, remediando, entretanto su defecto de capacidad con instituciones y medios supletorios o complementarios. (Puig Peña, 1996)

Se pueden distinguir tres grupos de circunstancias:

- ✓ Las personales, que limitan la capacidad de obrar como la edad, la enfermedad.
- ✓ Los derivados de vínculos sociales permanentes que influyen sobre la condición jurídica, estados propiamente dichos: estado político, de familia.
- ✓ Circunstancias derivadas de la relación de las personas con un lugar determinado: domicilio y la ausencia.

Sintetizando lo expuesto la capacidad de obrar es la cualidad jurídica de la persona que determina -conforme a su estado- la eficacia jurídica de sus actos. Se despliega en dos manifestaciones: capacidad de derecho o capacidad de goce y capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, y con respecto a la capacidad de obrar el sujeto de derecho puede carecer de ella, poseerla parcialmente o gozar plenamente de ella.

1.3 Distinción entre discapacidad y capacidad restringida y el Derecho positivo cubano

Cada año, 10 millones de personas en el mundo sufren de algún tipo de discapacidad moderada o severa, y se calcula que en el año 2025 habrá en el mundo 800 millones de personas discapacitadas. En Cuba, según estudios realizados en la primera etapa de la década de los años dos mil, la tasa de personas con discapacidad es de aproximadamente un 7 % de la población total⁵.

La persona discapacitada es aquella cuya autonomía personal se ve afectada, en diferentes grados y con diversas implicaciones, a causa de **deficiencias** bien en su condición física, psíquica o sensorial que interfiere en su desempeño. Estas deficiencias pueden estar dadas en la pérdida o

⁵ Plan de Acción Nacional para la Atención a las Personas Discapacitadas , donde se ofrecen estos datos , contenidos en el Acuerdo No.4048 de 5 de junio de 2001 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de la República de Cuba .

anormalidad de la estructura corporal o de una función fisiológica, por ejemplo la amputación de un miembro, desgaste de la visión, etc. Las deficiencias tienen su origen en procesos patológicos que pueden ser congénitos o adquiridos. (Achával, 2000)

Debido a estas **deficiencias** la capacidad de la persona se restringe para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal o según lo esperado para un ser humano. Esta capacidad restringida ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud como **discapacidad**.⁶

Las pautas para la valoración de las deficiencias de los distintos órganos, aparatos o sistemas no se fundamentan únicamente en la deficiencia en sí misma sino en su efecto sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, es decir, en el grado de discapacidad que ha originado la deficiencia.

Si como consecuencia de la **discapacidad** se presenta en el individuo que la padece una situación desventajosa socialmente que le limita o impide el desempeño de un rol que es esperado en su caso en función de su edad, sexo, factores sociales, culturales, etc., estamos en presencia de lo que dentro de la experiencia de la salud se ha denominado **minusvalía**. (Domínguez Guillén, 2006)

La minusvalía surge pues, en la relación de la persona con el medio, en los obstáculos culturales, materiales o sociales que le impiden una integración adecuada en la sociedad. El minusválido es la persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallan disminuidas como consecuencia de una deficiencia.

Es indiscutible que Cuba posee interesantes resultados en materia de políticas públicas, pero igualmente es innegable que la discapacidad no es solo, ni exclusiva, ni prioritariamente un problema médico y social, sino también jurídico y a pesar de que en nuestro territorio todas las personas gozan de

⁶ Según la Organización Mundial de la Salud la discapacidad implica toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal o según lo esperado para un ser humano de acuerdo a su condición etárea y sociocultural.

iguales derechos y que ante la ley todos somos iguales⁷, aún la legislación no llega a estar a tono con los avances logrados en el campo social para la plena inserción de los discapacitados a la sociedad. Inserción que comprende tanto la integración como la rehabilitación social de este sector de la población.

Si es una realidad innegable que existe en el país un grupo de individuos que por deficiencias en sus cualidades físicas, psíquicas o sensoriales se reputan de discapacitados. Por tanto tienen de hecho limitada su capacidad para realizar actividades dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Si éste es el centro de atención del derecho y su protección su esencial cometido, corresponde al Derecho Civil y de Familia, que como núcleo medular tienen al hombre en su entorno social y familiar, proveer los mecanismos adecuados para permitir que las personas con discapacidad dispongan de un amplio espectro de posibilidades. También que le permitan sin quebrantar su autonomía personal y sin perder de vista las limitaciones que puedan poder participar con seguridad en el tráfico jurídico.

El Código Civil promulgado en el año 1987 no recoge expresamente el término discapacidad, más su articulado sí que alcanza a personas que padecen algún tipo de discapacidad, sobre todo en lo que concierne a la regulación de la capacidad de obrar.

Señala el artículo 30 del Código Civil cubano que: Tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos; salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria:

a) los menores de edad que han cumplido diez años, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo

⁷ La Constitución de la República de Cuba vigente, en su artículo 42 expresa que todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana.

Todos tienen derecho a disfrutar de los mismos espacios públicos y establecimientos de servicios. Así mismo, reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna. La violación del principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley.

b) los que padecen enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente del discernimiento; y

c) los que por impedimentos físicos no pueden manifestar su voluntad de modo inequívoco.

Del contenido de este precepto se advierte que desde el Código Civil cubano no existe un mecanismo para la declaración judicial de capacidad restringida, en cambio sí lo hay para la declaración de incapacidad, abriendo las puertas para la obtención de esta declaración el propio artículo 31⁸.

La ley civil cubana se limita a presentar en el artículo 30, los supuestos de capacidad restringida en estricto *numerus clausus*, pero según se observa del contenido de este artículo por evidente error técnico no se franquea la posibilidad de que la capacidad restringida sea declarada judicialmente a través del proceso adecuado.

Es decir, que el primer defecto que se advierte de la letra del precepto radica en que no comprende un enunciado que propicie que la situación de capacidad restringida se declare y constituya judicialmente como colofón de un proceso judicial.

Merece destacar que la resolución judicial que contenga este pronunciamiento sobre la capacidad restringida, tiene un valor no simplemente declarativo sino constitutivo. Mientras la persona no esté declarada dentro de este grado de incapacitación es necesario probar su falta de capacidad en cada uno de los actos que realice. Una vez así declarada se constituye una situación jurídica donde los actos que se extraigan de su ejercicio pleno debe realizarlos con la institución complementaria que se designe y si ello no se verifica de esta forma serán ineficaces.

Una interpretación literal de la primera idea expresada en el párrafo inicial del precepto en examen conduce a pensar que los “restringidos”, que en *numerus clausus* aparecen regulados seguidamente, tienen restringida su capacidad para realizar todo tipo de actos jurídicos, estando validados únicamente para

⁸ El vigente Código Civil Cubano dentro de sus preceptos recoge lo siguiente en su artículo 31: Carecen de capacidad para realizar actos jurídicos: a) los menores de 10 años de edad b) los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes.

realizar aquellos que son indispensables para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria.

La capacidad restringida presupone la realidad de que el individuo inmerso en esta situación goza de la posibilidad de realizar algunos actos por sí mismo, con valor y eficacia jurídica, siempre y cuando su dificultad psíquica, física o sensorial le permita emitir su voluntad consciente a través de los medios de comunicación universalmente reconocidos⁹. Mientras que otros actos estarán fuera de su ejercicio pleno y sobre ellos no puede decidir con entera libertad sin antes lograr el completamiento a su capacidad de obrar porque su defecto específico lo priva para la realización de los mismos.

Con relación al modo de completamiento de la capacidad de obrar se presenta el artículo 32 del citado cuerpo legal, donde se establece que "la incapacidad de las personas referidas en los artículos anteriores se sule en la forma regulada en el Código de Familia y en la ley procesal civil". Y es a partir de aquí donde se nos presenta el meollo del asunto.

Retomando el estudio del primer párrafo del artículo 30 del Código Civil ha de acotarse que innumerables dudas ha generado los dictados de este precepto cuando refiere "...salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria." No pocos estudiosos y operadores jurídicos se han interesado por el significado de esta frase, cuya explicación o definición no consta en el Código Civil.

Para suplir este silencio legislativo se puede tomar la descripción de actividades de la vida diaria propuesta por la Asociación Médica Americana en 1994 la que contempla como tales las siguientes:

1. Actividades de autocuidado (vestirse, comer, aseo, higiene personal, evitar riesgos).

2. Otras actividades de la vida diaria:

2.1. Comunicación.

⁹ En justificación de este argumento se presenta el artículo 50 del Código Civil Cubano el que expone que los actos jurídicos expresos pueden realizarse oralmente o por escrito y los 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 mediante un intérprete.

2.2. Actividad física:

2.2.1. Intrínsecas (levantarse, vestirse, reclinarse).

2.2.2. Funcional (llevar, elevar, empujar).

2.3. Función sensorial (oír, ver).

2.4. Funciones manuales (agarrar, sujetar, apretar).

2.5. Transporte (se refiere a la capacidad para utilizar los medios de transporte).

2.6. Función sexual.

2.7. Sueño.

2.8. Actividades sociales y de ocio.

Del análisis del inciso a) del artículo 30 del Código Civil se advierte que recoge como supuesto de restricción de la capacidad de obrar a los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que únicamente podrán disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo.

Con el desarrollo corporal o físico e intelectual o psíquico, adquiere el hombre la conciencia de sus actos jurídicos y de sus efectos. La conciencia o capacidad psicológica, se va adquiriendo gradualmente junto con el desarrollo físico.

Por ello en razón de la edad, el Código Civil cubano establece tres estadios en cuanto al ejercicio de la capacidad: plena capacidad, a partir de los dieciocho años cumplidos; capacidad restringida, entre los diez años cumplidos y los dieciocho; incapacidad total, los menores de diez años

Se observa entonces como esta legislación establece un límite general de mayoría de edad, que señala el tránsito de la incapacidad a la capacidad de obrar. No obstante recoge un estadio intermedio de capacidad comprendido entre los diez y los dieciocho años de edad, donde el menor a la vez que tiene

proscrito el ejercicio de algunos derechos está habilitado para el ejercicio de otros¹⁰.

Del examen del supuesto reconocido en el inciso b) del artículo 30 del Código Civil se observa que comprende casos de capacidad restringida por razón de enfermedad o retraso mental, los cuales, por su alcance, no llevan consigo la declaración judicial de incapacidad, pero sí la restricción del ejercicio de la capacidad de obrar. En tanto los supuestos a que se remiten los incisos a) y b) del artículo 31 de esta norma sustantiva ,comprenden los casos de incapacidad general como condición que afecta la capacidad de obrar de las personas y les confiere una situación especial de sujeción a ciertas formas de guarda como son la patria potestad y la tutela.

En verdad el Código Civil cubano no define qué es una enfermedad o retraso mental, ni hace uso de una enumeración taxativa de los casos de enfermedades o retrasos mentales que pueden ser declarados con capacidad restringida. Pero es el caso que tales definiciones conciernen a las ciencias médicas y no es preciso que aparezcan en la normativa sustantiva en tanto la medicina siempre se pone al servicio de la justicia para complementar el conocimiento de los asuntos por los operadores jurídicos.

Por otro lado el legislador utiliza una redacción general al referirse a estas patologías cuya formulación es plausible, pues con una estipulación en *numerus clausus* se correría el riesgo de que determinado sujeto que padezca de una enfermedad o retraso mental que por no estar contemplado en los supuestos previstos en ley se le enervaría la posibilidad de obtener aquella declaración.

En conclusión, hoy se entiende que no todas las personas con discapacidad tienen restringida su capacidad de obrar y que una completa protección a estas últimas se presenta cuando se logra una declaración judicial de restricción de la

¹⁰ La propia norma objeto de estudio se encarga de señalar los actos que puede realizar el menor comprendido en ese estadío, entre ellos se encuentra el de disponer de su estipendio y de la remuneración de su trabajo, o sea, actos de índole patrimonial relacionados con su peculio. Entre estos actos de contenido patrimonial tenemos contratos de depósito -muy frecuente en nuestra sociedad el depósito de bicicleta-; pagar los servicios del transporte público .Puede verificar además actos de Derecho Procesal tales como recibir citaciones, asistir como testigos en procesos civiles.

capacidad de obrar. La regulación jurídica sobre la persona con capacidad restringida se realiza mediante el Código Civil, aunque este cuerpo legal no ofrece una protección adecuada, pues no incluye la posibilidad de que este grado intermedio de incapacidad se declare judicialmente. Por ello la búsqueda de una salvaguarda a las personas con capacidad restringida impone la necesidad de engarzar en el Código Civil cubano una formulación dentro de su preceptiva, que permita la obtención de la declaración de capacidad restringida judicialmente a través de un proceso de jurisdicción voluntaria.

Ahora bien, no todos los discapacitados requerirán de mecanismos legales de guardaduría porque no siempre al discapacitado hay que incapacitarlo judicialmente, ni tan siquiera restringirle el ejercicio de su capacidad de obrar. Existen casos en los que por la magnitud de la deficiencia y la implicación para el individuo que la padece si se requiere de una declaración judicial, bien de incapacidad o de capacidad restringida. Esta declaración debe propiciarse desde el derecho civil y una vez realizada, está a favor de quien sólo lo amerite, sujetarlo a ciertas formas de guardaduría, cuya fórmula y pautas a seguir debe brindarla el derecho de familia cubano

1.4 Prevención, diagnóstico y valoración de la discapacidad.

Si bien la prevención de la discapacidad constituye un derecho y un deber de todo ciudadano y de la sociedad en su conjunto y forma parte de las obligaciones prioritarias del Estado en el campo de la salud y los servicios sociales, en la Constitución de la República de Cuba no hay pronunciamiento expreso al respecto.

No obstante Cuba presta especial atención a la cuestión del respeto y la garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad sobre la base del principio de que todas las personas nacen iguales.

En el caso concreto de Cuba existen básicamente tres enfoques para la atención de las personas con discapacidad. Uno de tipo médico, orientado a la deficiencia, o sea a los procesos de tipo orgánico que pueden constituir la causa de aparición de la discapacidad. Este modelo comprende acciones como el diagnóstico, la prevención y la rehabilitación, orientadas todas a favorecer un mejor nivel de funcionamiento de la persona con discapacidad. Otro de tipo

educativo, que comprende la determinación de las necesidades educativas especiales de estas personas, así como la puesta en marcha de las acciones que al respecto pueden llevarse a cabo para lograr el mayor grado de desarrollo de éstas, teniendo en cuenta, sobre todo sus particularidades. Y el tercer enfoque es socio-jurídico, vinculado con el empleo, la accesibilidad, la eliminación de barreras arquitectónicas, el uso de los recursos sociales y de la asistencia social, el reconocimiento de los derechos de los que son titulares y la tutela legal del ejercicio de tales derechos en los distintos ámbitos de su vida: civil, familiar, laboral. (Pérez Gallardo, 2006)

Para el diagnóstico de las discapacidades es indispensable que intervenga un equipo de multiprofesionales que, actuando en un ámbito sectorial, aseguren una atención interdisciplinaria a cada persona que lo precise para garantizar su integración en su entorno socio comunitario. Este equipo de multiprofesionales requiere de especialistas en medicina, psicología y sociología. (Vidal, 2002)

En la valoración del grado de discapacidad que afecta a la persona debe atenderse a la deficiencia que la provoca, la severidad de las consecuencias de la enfermedad, cualquiera que esta sea; a la personalidad del individuo, evaluándose las circunstancias personales que pueden influir en sentido negativo agravando la situación y al ambiente socio familiar, tanteándose sobre el entorno familiar, laboral, profesional, niveles educativos y culturales, así como otras situaciones sobre el contexto habitual del sujeto. (Pérez Gallardo, 2006)

Fijado el grado de discapacidad es perfectamente determinable si el discapacitado necesita del concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria o si por el contrario puede desarrollarlos por sí solo. (Vidal, 2002)

Concluyendo, la protección jurídica de la persona con capacidad restringida parte de reconocer su situación singular en el contexto social y jurídico, la garantía de sus derechos, la promoción de sus facultades y capacidades con el propósito de que alcance el mayor grado de autonomía posible, de modo que sea capaz de protagonizar su propia vida y sólo cuando ello no sea posible responder de forma prudencial y ajustada a sus necesidades.

2. Protección jurídica del adulto mayor en el ordenamiento jurídico cubano

2.1 La protección del adulto mayor en la Constitución de la República de Cuba.

Con ánimo de realizar un somero análisis de la actualidad sobre la protección jurídica de los adultos mayores en Cuba, se debe comenzar por la Constitución de la República que como Ley fundamental define los principios de protección para toda la población, incluido el grupo etéreo objeto de esta investigación.

En el artículo 42 de esta ley suprema, se aprecia que todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos libertades y oportunidades sin ninguna discriminación

En el artículo 68 se enuncia que el Estado de conformidad con la ley protege a los abuelos u otros familiares del menor de edad, en función del cuidado y atención de este

El artículo 88 regula que el Estado, la sociedad y las familias, en lo que a cada uno corresponde tiene la obligación de proteger, asistir y facilitar las condiciones para satisfacer las necesidades y elevar la calidad de vida de las personas adultas mayores así como también respetando su autodeterminación, garantizando el ejercicio pleno de sus derechos y promoviendo su integración y participación en la sociedad.

En la Constitución de la República de Cuba se regula en varios artículos la protección al adulto mayor tanto de la sociedad como del Estado cubano y la obligación de las familias de asistir y proteger a sus abuelos.

2.2 La protección del adulto mayor en el Código de Familia.

Resulta de capital importancia el enfoque jurídico que prevé el Código de Familia para la protección de los sectores más vulnerables de la población, entre los que se destacan los adultos mayores. Por otra parte, a los efectos de la realidad cubana, el envejecimiento de la población constituye un enorme reto

para la esfera civil de regulación de las relaciones sociales, en tanto demanda una especial atención de esta problemática en estas leyes civiles.

Con respecto a la institución del divorcio, regulada para los matrimonios formalizados se establece en el artículo 56 apartado 2 del Código de Familia una referencia protectora a los adultos mayores en estado de indefensión económica y material, que contribuye en alguna medida al amparo del ex cónyuge que queda carente de medios de subsistencia.

Un aspecto de importancia puntual en cuanto a la protección civil de los adultos mayores radica en su posible necesidad de recibir protección en el ámbito de la alimentación. En el artículo 122 del Código de Familia se refleja como una disposición legal la obligación de dar alimentos. En torno al fundamento de esta obligación, tradicionalmente se ha considerado que se encuentra en la solidaridad familiar cuando determinado pariente está en condiciones económicas de solventar las necesidades de otro familiar.

Seguidamente en el artículo 123 del Código de Familia, con una mayor especificidad para el interés investigativo, se precisa que los parientes consanguíneos están obligados recíprocamente a darse alimentos. Con el análisis anterior se corrobora la existencia de la posibilidad legal de que los adultos mayores puedan solicitar alimentos a su familia, cuando sus condiciones le impidan proporcionárselos por sí mismos; aunque dicha vía es usada con muy rara frecuencia, hecho demostrado por la escasez de estos procesos en la práctica judicial cubana, en la que resulta más común proporcionarles alimentos a los hijos menores.

El acogimiento familiar, regulado en el artículo 129 del Código de Familia, es otra forma de consumir la obligación de dar alimentos que puede ser empleada para la protección de los adultos mayores, aunque dicha institución no está concebida exclusivamente para este grupo poblacional, puede ser utilizada para tal fin.

Por su parte, el artículo 137 apartado 2 del Código de Familia dispone el proceso de Tutela mediante el cual se ofrece una protección al adulto mayor que haya sido declarado judicialmente incapacitado con los trámites de rigor establecidos en la ley. La institución de la Tutela juega una función protectora,

por lo que las acciones realizadas por el Tutor quedan amparadas desde lo judicial.

Un aspecto descollante en la temática que ocupa lo constituye el tema de la abuelidad como fenómeno socio-cultural, psicológico e incluso jurídico está determinado en nuestra realidad por el aumento de las familias trigeneracionales.

La abuelidad es una función a desarrollar dentro de la familia, implica una relación de parentesco y no está asociada a edades cronológicas específicas, sustentándose principalmente en aspectos afectivos y materiales, en tanto, los adultos mayores abuelos asumen importantes roles en las labores domésticas y en el cuidado dentro del ámbito familiar.

El fenómeno de la abuelidad posee trascendencia jurídica debido a que, en múltiples ocasiones, las relaciones entre abuelos y nietos son más ricas y profundas que entre padres e hijos, contribuyendo los abuelos en no poca medida a la socialización de las nuevas generaciones; cuestión que debe trascender al Derecho para posibilitar la regulación del régimen de comunicación entre los abuelos y los nietos, muchas veces obstaculizado, limitado o eliminado por crisis familiares que separan abruptamente a los padres. La privación de la interacción de los abuelos con sus nietos constituye otra forma de victimizar al adulto mayor en el propio seno familiar.

Respecto a la abuelidad y realizando un análisis del Código de Familia se puede valorar los derechos y obligaciones limitados para los abuelos que se preceptúan en el texto, existiendo una propuesta modificativa importante en el anteproyecto del nuevo Código de Familia. La actualización de la legislación relativa al funcionamiento familiar se constituye en una necesidad perentoria de esta sociedad, sobre todo en la exigencia de una mayor protección del sector poblacional de los adultos mayores, a tenor con el aumento de este sector etéreo en Cuba.

3. Limitaciones de la no regulación de la guarda de hecho como mecanismo de protección del adulto mayor con capacidad jurídica restringida.

El adulto mayor forma parte de un sector que muestra diferentes niveles de dependencia. La mera pertinencia a este grupo social por la edad que se tiene no implica que deba ser pasible de ver restringida su capacidad jurídica. En muchos países no se tiene en cuenta las características y circunstancias específicas de la persona. A pesar de que la sociedad evoluciona y acto seguido evolucionan las concepciones tutelares no es suficiente la regulación normativa. En Cuba se evidencia la falta de incorporación de una serie de figuras reconocidas en el Derecho Comparado y que con esa evolución de las sociedades poco a poco se han dado situaciones como estas. (Abreu Vázquez, 2009)

La protección jurídica a las personas mayores debe estar inspirada en una serie de principios: la individualización de las medidas de protección a adoptar en atención a la causa incapacitante o capacidad real del sujeto a proteger, el predominio de la autonomía de la persona en la medida que sea posible, proporcionalidad de las medidas de protección y el principio de presunción general de capacidad de las personas mayores¹¹.

La falta de una regulación específica de la ancianidad en el ámbito general urge, un estatuto regulatorio que contenga reglas que regulen la incapacidad en este sector. Existe un gran aporte de materiales bibliográficos actualizados con las últimas tendencias a nivel internacional para la aplicación de esta institución frente a la capacidad restringida.

Respetando la autonomía de la voluntad y preferencias de las personas, basados en el principio de la buena fe y el debido reconocimiento de las

¹¹La regla que predomina en el Derecho español es la presunción legal de la plena capacidad de obrar del mayor de edad siempre y cuando no se haya establecido, en un procedimiento de modificación de la capacidad y en virtud a las causas establecidas en la ley, lo contrario. La jurisprudencia es uniforme respecto a que el punto de partida ha de ser la presunción de la capacidad de la persona. Esta presunción tiene carácter *iuris tantum* calificada por la fuerza especial que deriva de que la prueba en contrario ha de ser inequívoca y concluyente. Por tanto, las personas son plenamente capaces y pueden desarrollar cualquier tipo de actividad y procedimiento debido a que se asume que tienen toda la facultad para hacerlo. De ello se deduce que, la sentencia de modificación de la capacidad tiene efectos constitutivos e irretroactivos; si no existe la sentencia se presume la capacidad.

personas ante la ley, en Cuba no es suficiente la regulación normativa para lograr una adecuada protección a estos sujetos de derecho con capacidad jurídica restringida que le permita tener una plena y cabal integración familiar y social así como activa participación en el mundo jurídico.

Por tales motivos es necesario la redacción de una norma que regule adecuadamente su contenido y a estas instituciones protectoras teniendo como base los presupuestos teóricos que la conforman, de manera que pueda ofrecer un tratamiento más íntegro y eficiente.

4. Instituciones de guarda y cuidado

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

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

4.1 La patria potestad y la tutela como únicas instituciones de guarda reconocidas en Cuba.

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

El Código de Familia cubano solo regula como instituciones tuitivas la patria potestad para el caso de los menores de edad y en su defecto, la tutela como

institución de guarda y cuidado para los mayores de edad declarados judicialmente incapaces.

4.1.1 La patria potestad

El Código de Familia cubano al regular la patria potestad establece el interés del estado socialista de que ambos padres, cualquiera que sea su estado conyugal, cumplan los deberes que tienen respecto a sus hijos menores y los enseñen, teniendo en cuenta los valores y normas de convivencia de la moralidad socialista. En el ejercicio de la patria potestad intervienen como sujetos especiales los padres y los hijos, siendo la titularidad compartida para ambos.

La patria potestad no se encuentra vinculada al padre con menosprecio de la madre, a contrarios se ejerce conjuntamente por uno y otro. Los tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso, podrán privar a ambos padres o a uno de ellos, de la patria potestad además de suspenderlos del ejercicio de la misma mediante sentencia dictada, en proceso promovido a instancia del otro o del fiscal, siempre que uno o ambos padres realicen un incumplimiento según lo regulado en el artículo 95 del Código de Familia. (Zayas Rodríguez, 2007)

La patria potestad es una institución natural del Derecho de Familia, como el poder global que la ley otorga a los padres sobre sus hijos; su nacimiento no se debe al matrimonio, sino a la filiación que provoca automáticamente en los progenitores asumir un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos. La patria potestad concluye por arribar el hijo a la mayoría de edad no haciéndose una adecuada distinción con respecto a la capacidad de que puede disponer la persona para continuar su vida, despojando una institución de tanta importancia para la familia y a su vez para la sociedad. (Velazco Mugarra, 2006)

Si analizamos su regulación en el Derecho comparado nos percatamos que es una institución universal que se regula en todos los Códigos Civiles, para solo citar algunos ejemplos encontramos el Código Civil de Nicaragua, Francia y España, el primero establece en su artículo 244 que a los padres le compete dirigir las personas de sus hijos menores protegerlos y administrar sus bienes. El segundo regula en el artículo 389 que si la patria potestad fuera ejercida conjuntamente por los padres, estos serán los administradores legales y en su

posterior articulado preceptúa que la administración legal es pura y simple cuando los dos padres ejercen conjuntamente la patria potestad. El Código Civil Español por su parte conceptualiza a la patria potestad en el artículo 154 estableciendo los deberes y las facultades que les corresponden a ambos padres.

4.1.2 La tutela.

La tutela es la potestad que por mandato legal se le otorga a una persona capaz, en beneficio de otra declarada judicialmente incapaz, o de un menor de edad, para dirigir, educar, cuidar su integridad física, moral, además de representarlo en los actos civiles y administrar sus bienes como remedio de la incapacidad que presentan. (Lacruz Berdejo, 2005)

Su regulación está prevista en los artículos del 137 al 166 del Código de Familia cubano. En ese sentido se reconoce la tutela testamentaria, la tutela legal, la tutela dativa, la tutela general y la tutela especial, todas las cuales se tratarán a *posteriori*:

I. La Tutela testamentaria es la que viene instituida por testamento, es decir, en ella la delación¹²ocurre por la existencia de un testamento en el que los padres del menor incapacitado o las personas que han dejado al pupilo herencia o legado de importancia les nombran tutor, y en la misma se admiten también las disposiciones sobre el órgano que fiscalizará la tutela y las personas que lo integrarán.

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

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

¹² Cuando se habla de delación, no lo hacemos en el sentido del llamamiento efectivo que hace el órgano encargado de la constitución de la tutela, ya sea el Tribunal, el Consejo de Familia u otro, sino en el sentido de vocación o llamamiento en potencia.

los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexo.

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

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

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

V. La tutela especial se confiere en situaciones excepcionales y resulta similar en algunas funciones al conocido cargo de protutor, no se encarga el tutor especial del cuidado de la persona del pupilo, sino que interviene para la representación del mismo en determinados juicios o procesos. Además, cuando existen intereses contrapuestos entre el tutor y el tutelado, o cuando se prive al representante legal de la administración de determinados bienes de su pupilo, por ello puede coincidir con el ejercicio de una tutela general o de la propia patria potestad. (Díaz Magrans, 2007)

En el estudio detallado del proceder de la institución tutelar en las legislaciones modernas de México, Argentina, Honduras y España se puede constatar que ha sido difícil y lleno de escollos para los legisladores, proporcionar una definición de la tutela, no obstante, algunos fueros la describen en forma expresa, ese es el caso del Código de Argentina; los que se limitan a determinar cuál es su objeto, como por ejemplo, el de México. Así mismo, ciertas legislaciones no proporcionan ni su definición, ni objeto, modelo de esto

es el Código de Familia de Honduras, en el que, al regular el instituto, pueden derivarse los elementos que caracterizan la naturaleza de la institución.

De lo regulado en cada cuerpo legal se puede afirmar que la misma se concibe como la institución que se va a encargar de proteger a las personas que no tengan capacidad jurídica de obrar, ya sea por causa natural o legal.

En cuanto a los sujetos que abarca la protección, defensa y cuidado que brinda la tutela, la propensión es variable, según la concepción de cada legislación. Por ello, en ciertos países como México y España, se establece la tutela para proteger a la persona y bienes, tanto del menor de edad, como del mayor incapacitado declarado judicialmente. Sin embargo, en determinadas naciones como Argentina y Honduras, la tutela se concibe para salvaguardar al menor de edad solamente, quedando el mayor de edad incapacitado auxiliado por otra institución, que es la curatela.

En relación con los elementos personales de la tutela, éstos se tratan de manera distinta en los Códigos de cada nación; la pieza común y principal en todas las regulaciones tutelares es el tutor.

Los otros componentes de la tutela resultan diversos: en México son reconocidos el Juez Familiar, los Consejos Locales de Tutela y el Ministerio Público; en Argentina, desempeñan un papel en el ejercicio tutelar, el Juez y el Ministerio de Menores; en Honduras, se le da participación al Juez y al Ministerio Público; mientras que, en España, intervienen el Tribunal y el Ministerio Fiscal.

4.2 Breve acercamiento a otras instituciones de guarda y cuidado.

Uno de los retos del ordenamiento jurídico cubano consiste en prever los cauces adecuados para la protección y asistencia de los incapaces, discapaces y personas dependientes. Por ese motivo, y ante la ausencia en esa legislación familiar de figuras tradicionales de asistencia y protección, se hace necesario la inclusión de instituciones tutelares como la curatela, el acogimiento familiar, el defensor judicial, además de la autotutela y la guarda de hecho. (Pereña, 2007)

4.2.1 La curatela

Es la institución de guarda en el ámbito del Derecho de Familia que ampara situaciones pasajeras, accidentales, más o menos temporales y circunstanciales; destinada a actos singulares para los que se requiere un complemento de capacidad a quienes la poseen, pero con carácter limitado o insuficiente.(Álvarez Tabio, 2006)

El régimen jurídico que la caracteriza será de asistencia o vigilancia, de protección a cada caso concreto, atendiendo a la intensidad de la deficiencia que afecta la capacidad de obrar, y que por consiguiente necesita de ser completada, predominantemente en el ámbito patrimonial, pero no necesariamente restringido a él. En sede de incapacitación, la curatela presenta grandes ventajas en la protección de aquellas personas que padecen enfermedades mentales de carácter cíclico, retraso mental simple, alguna debilidad mental o limitación física como consecuencia de la avanzada edad, trastornos cerebrales y medulares provocados por cualquier tipo de accidentes, el Alzheimer, depresiones graves, esquizofrenias, trastornos bipolares, consumo de alcohol, trastornos obsesivos compulsivos, o alguna minusvalía de carácter persistente que, en todo caso, impida a la persona gobernarse plenamente por sí misma.(La Curatela: 19/04/2019.)

En el ordenamiento jurídico de Italia, la curatela se regula en su Código Civil de 1842, en el Libro I, Título IX, en el cual se hace reflexión en torno al menor emancipado, para el nasciturus, la herencia yacente, para el desaparecido.

En Alemania, su legislación Civil hace distinción entre la tutela y la curatela, habilitando a la segunda para el cuidado de varios asuntos en los que esta entorpecido el titular de la patria potestad, o el tutor o ante un Nasciturus, con el propósito de protegerlo en sus futuros derechos y también se reserva para cuando el mayor de edad no incapacitado a consecuencia de un defecto físico o de una enfermedad mental física no puede atender sus asuntos.

En México, la tutela y la curatela aparecen refundidas en un mismo capítulo, pudiéndose desempeñarse respectivamente hasta en tres incapaces. El objeto de estas instituciones va dirigido a la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tuviera incapacidad natural y legal o solo

una de ellas , para gobernarse por sí mismo , comprendiéndose de los incapaces naturales o legales , según la preceptiva del artículo 450.II, considerándose incapaces natural y legal del Código Civil Federal del 30-8-1928 a los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia , aunque tengan afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico , psicológico o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o estupefacientes , siempre que debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no poder gobernarse por sí mismos , a manifestarse su voluntad por algún medio.

En Costa Rica, el Código de Familia promulgado el 21 de diciembre de 1973 reconoce la curatela, prescrita en un Título único y en el artículo 230, que fuera reformado por la Ley No. 7640 del 14 de Octubre de 1996, define los sujetos a ella: los mayores de edad que presentan una discapacidad intelectual mental, sensorial o física que les impida atender sus propios intereses aunque en el primer caso pueda la persona tener intervalos de lucidez.

4.2.2 El defensor judicial

Es un instituto de guarda que se caracteriza por su actuación provisional y transitoria. Su cometido es representar, o en su caso, asistir al incapaz en situaciones que no pueden hacerlo sus progenitores, el tutor o el curador, o cuando éstos no existen. La persona que va desempeñar dicho cargo es elegida por un juez para realizar las funciones de amparo y representación de quienes lo necesitan¹³. Los supuestos en los cuales se puede nombrar defensor judicial son los siguientes:

En primer lugar cuando exista conflicto de intereses entre el incapacitado y sus representantes legales o el curador, en segundo lugar cuando el tutor, o el curador, haya sido destituido de su cargo, mientras se nombra a otra persona para desempeñarlo; en tercer lugar cuando el tutor o el curador haya alegado

¹³ El Código Civil Español en su artículo 299 regula la figura del defensor judicial. Vid Artículo 299 del Código Civil Español .La sentencia 10 de marzo de 1994 del Tribunal Supremo de España establece :”el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto con las atribuciones que le haya conferido el Juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio , y por ello, cuando actúa , debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido , y cuando actúa judicialmente , debe probar que lo hace así , no exhibir solo el Auto “

alguna causa de excusa para no seguir ejerciendo la guarda, mientras se nombra a otra persona que lo sustituya, y por último, y no por ello menos importante, cuando durante el proceso judicial de incapacitación, el Ministerio Fiscal actuara como defensor judicial del presunto incapaz asumiendo su representación y defensa. Si es el Ministerio Fiscal el que inicia el procedimiento, se nombrará un defensor judicial al presunto incapaz que le represente en el juicio y asuma su defensa. En la ley sustantiva familiar cubana –aun cuando no regula esta institución–, interviene el fiscal una vez que se encuentra vulnerado el interés del menor, el cual tiene la facultad de representar al menor en todos sus actos y responder por sus intereses. (Yzquierdo Tolsada, 2001)

En España esta figura se caracteriza por su actuación provisional y transitoria. Su contenido es representar o asistir a la persona en situaciones en que no pueden hacerlo sus progenitores, bien porque se produce un conflicto de intereses o porque por cualquier causa el tutor o curador no desempeña sus funciones (artículo 299 del Código Civil Español)

También en España en la Ley de Jurisdicción Voluntaria en su artículo 27 contempla el ámbito de aplicación del expediente de nombramiento de defensor judicial.

En el Código Civil Suizo se destaca la similitud de la curatela con el defensor judicial en los artículos 306 y 392 reconociendo el ámbito de aplicación.

En el derecho francés, el Código de Napoleón constituyó el germen del proceso histórico que ha configurado al defensor judicial en su propio código civil, regulándose esta institución en el artículo 389.3.

4.2.3 El acogimiento familiar

Es definido por Vidal Morant como aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección y cuidado de los menores que se encuentren privados, aunque sea circunstancialmente, de una adecuada atención familiar. Su fin es lograr la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo reciben las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. (Vidal Morant, 2002)

El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública, mientras que el acogimiento residencial se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor. En todos los supuestos se buscará siempre el interés superior del menor¹⁴, intentándose lograr su reinserción en la propia familia, así como que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

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

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

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

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

El Código Civil español prevé en su artículo 172, la figura del acogimiento familiar y expresa que el mismo produce la plena participación del menor en la vida de familia.

En Francia, el Código de la Acción Social y de las Familias, dispone que las personas de la familia de acogida, previamente seleccionadas por el Servicio Nacional de Ayuda Social puedan adoptar a los niños que cuidan cuando los vínculos afectivos establecidos entre ellos justifican esa medida.

¹⁴ El principio del "interés superior del niño" se regula en el artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el cual significa que es preciso examinar varios factores para definir los resultados y las garantías, y que otros intereses como los del Estado, los progenitores y demás no tienen por qué prevalecer de forma automática. Este principio es introducido formalmente por la mencionada convención, donde se subraya el derecho que tienen todos los niños para expresar su punto de vista en todas las cuestiones que atañen a su vida, en conformidad con su edad y madurez.

El Código Civil dispone en su artículo 345 que la adopción solo se permite en favor de niños menores de 15 años de edad, siempre que hayan sido acogidos en el hogar del o de los adoptantes desde al menos seis meses .

En México el Código Civil Federal otorga a la familia (con parentesco o sin él) que asumió que la protección permanente del menor, ofreciéndole condiciones adecuadas, un ambiente armónico integral, derecho de audiencia y defensa en el procedimiento de adopción, pudiendo oponerse a la adopción del menor , solo en caso de que algunos de sus integrantes deseen adoptar , materialice su intención , en la gestión de trámites administrativos y judiciales y reúna condiciones de adaptabilidad .

En el Código Civil del Distrito Federal, en su artículo 392 bis, establecía expresamente que, en igualdad de condiciones, se debía preferir al que haya acogido al menor que se pretende adoptar. El artículo fue derogado por decreto el año 2010.

En Colombia dentro de las Medidas de Restablecimiento de los Derechos del menor, se contempla su ubicación en un hogar sustituto .Esta constituye una medida de protección provisional, mediante la cual la familia se compromete a dar al niño cuidados necesarios en reemplazo de la familia de origen .Debe decretarse por el menor tiempo posible según las circunstancias y en principio, no debe exceder los seis meses. No se advierte preferencia legal para la solicitud de adopción de estas familias.

4.2.4 La autotutela o delación voluntaria de la tutela¹⁵

Como forma de prever situaciones futuras de discapacidad o incapacidad para este vulnerable sector de la población que son las personas de la tercera edad, podría ser una solución satisfactoria, si estuviera adecuadamente regulada en el ordenamiento jurídico. Es la institución a través de la cual se posibilita a la persona capaz, para que, mediante un documento apropiado, formal, y revocable, pueda dejar preestablecido, en el supuesto de su incapacitación, el organismo tutelar y a las personas que han de desempeñar los cargos y mecanismos de vigilancia y control. Esta institución puede englobar dos

¹⁵ Es la manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona.

supuestos no excluyentes entre sí: la posibilidad de que una persona, en previsión de su posible incapacitación, prohíba que una o más personas sean designados sus tutores (designación negativa) y la posibilidad de nombrar a quien será su tutor en caso de su incapacitación (designación positiva). (Martínez García, 2000)

La autotutela se considera un acto jurídico y propiamente un negocio jurídico; *inter vivos, post capacitem*: en el cual debe distinguirse un doble estadio de relevancia jurídica al cual se ha hecho referencia previamente; gratuito, unilateral, solemne, personalísimo, principal, atípico, revocable, y de carácter familiar. La autotutela es de significativa importancia pues tiene como objetivo brindarle atención y obediencia a la voluntad del futuro pupilo para cuando en el momento en que este no posea la capacidad suficiente para administrarse, esté una tercera persona, elegida por él mismo, que tendrá a su cargo el cuidado de su persona y sus bienes, respetando en todos los supuestos las garantías legales establecidas en la ley. (Martínez García, 2000)

En Alemania se llama tutor a quien se encarga de los menores de edad y curador a quien tiene a su cargo a las personas mayores de edad incapacitadas regulado según la Ley de Asistencia vigente desde el 1ro de enero de 1992. La figura de la autotutela tiene por finalidad proponer la persona del asistente o curador, el tipo de asistencia que desea y los deberes a su cargo. Consiste en la expresión de voluntad formalizada por cualquier medio, la cual se presenta y sustancia judicialmente, no requiriéndose la capacidad del interesado. Su desempeño debe abarcar las tareas específicas en las que resulte necesaria la asistencia; puede incluir el hacer valer los derechos del pupilo frente a los apoderados.

En Suiza no hay legislación aplicable al caso, pero los notarios suizos resuelven el problema mediante el otorgamiento de un testamento en el que se nombra albacea, a quien en instrumento aparte se le otorga poder amplio de contenido personal y patrimonial para el caso de incapacidad por vez, enfermedad o accidente.

En España se contempla al tutor voluntario hasta cierto grado porque no está regulado específicamente en el derecho común español(es decir en el ámbito

del Código Civil) sino se encuentra regulada en la Ley Cataluña del 29 de julio de 1996 en su artículo 5 , en su primer párrafo que dice que cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor , protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos , así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido por la presente ley.

4.2.5 Guarda de hecho

Otra figura de protección para el discapacitado la constituye la guarda de hecho¹⁶, la que servirá para normalizar la situación de personas que atienden a los discapacitados sin que se les haya concedido la tutela, interponiendo en su interés, aunque no en su nombre, los actos jurídicos que les favorezcan. La situación de guarda de hecho se da pues, en el caso de personas no incapacitadas pero susceptibles de serlo y en el de personas en trámite de incapacitación y a las que, por tanto, no se ha constituido la tutela y mayoritariamente en el domicilio familiar. (Rogel Vide, 2000)

La guarda de hecho es aquella situación en que una persona se ocupa voluntariamente y sin formalidades legales de los asuntos de un menor o incapacitado en situación de desamparo, o de una persona que por sus circunstancias personales puede ser sometido a incapacitación. Se caracteriza por ser una institución fáctica, sobrevenida y transitoria. Es fáctica porque su finalidad es el cuidado y protección de la persona del guardado, lo que persigue no es el interés de quien ejerce la guarda, sino de la persona que está sometido a ella, generando consecuencias jurídicas. (Jiménez Muñoz, 2010)

Es sobrevenida porque el estado de la guarda disciplina situaciones ya existentes, realidades que se desarrollan previamente y sobre las cuales

¹⁶La guarda de hecho tiene su antecedente en la Ley de Seguridad Social, Ley No. 24 de 28 de agosto de 1979, la cual regula todo lo relacionado con la atención y cuidados básicos de carácter personal, doméstico y social en su propio domicilio a aquellas personas cuya discapacidad le impide un desempeño normal en las actividades de su vida diaria. El Código Civil de Cataluña en su artículo 225.1 define al guardador de hecho como “la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen”

recaerán las normas correspondientes. La transitoriedad consiste en que la guarda opera mientras no se constituyan los cargos tutelares.

4.2.5.1 Derecho comparado

Como resultado de la revisión de las legislaciones de estos países se ha comprobado que hoy existe en el mundo preocupación, interés y voluntad para ordenar jurídicamente la protección a las personas de la tercera edad y en alguna medida también para los discapacitados; ejemplo lo constituyen un grupo de países como los estudiados (Venezuela, Panamá, Costa Rica, Colombia), que han llevado a su ley suprema la protección al adulto mayor y han definido la responsabilidad que en su atención deben asumir el Estado y la familia.

En Panamá existen en su Constitución de 1972 preceptos que ofrecen tutela jurídica al adulto mayor, la responsabilidad familiar y de las autoridades en ese fin, en la legislación sustantiva su Código de Familia que se escindió del Civil del 27 de abril de 1994, regula la institución denominada Colocación Familiar u Hogar Sustituto como vía para ubicar a un menor de edad, un anciano, un discapacitado, o un enfermo desvalido en un hogar distinto al de sus padres con la obligación de alimentarlos, cuidarlos y educarlos. Para estos fines el Estado fija una asignación mensual al acogente en casos que tenga que solventar los gastos del acogido, que es supervisado por un este fiscalizar (artículos 371 y 376).

En Colombia el artículo 13 de la Constitución Política de la República de Colombia del 10 de octubre de 1991 señala: “El Estado protegerá especialmente a las personas que por su condición económica, física y mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o sancionará los abusos y maltratos a que se sometan”. Los artículos 46 y 48 establecen cuál es la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en la asistencia y protección de las personas de la tercera edad y el establecimiento de un subsidio alimentario en caso de indigencia.

En tanto el Código Civil de 26 de mayo del 1876 puesto en vigor por la ley 57 de 1887 propugna que: “aunque la emancipación de al hijo derecho de obrar independientemente queda siempre obligado a cuidar de sus padres en la

ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida que necesita ser auxiliado". Regula también sanciones civiles para el heredero indigno y sanciones penales por la ausencia de asistencia alimentaria a los ascendientes o poder.

Igualmente, existen países donde sus legislaciones civiles o de familia estipulan el deber de la familia en la atención y cuidado de los ancianos. También asignan responsabilidad al Estado y a instituciones de carácter público o privado en función de esta protección como por Ejemplo: México, Colombia, España, Costa Rica, El Salvador, Venezuela etc., aunque no constituye la opción más utilizada se han promulgado con rango de ley algunas normas de carácter específico para ofrecer protección a la tercera edad como en Argentina y México.

Desde el punto de vista de las instituciones protectoras, se constata la incorporación en países como España, El Salvador, Costa Rica y Venezuela que regularon la curatela para brindar asistencia al anciano en aquellos actos que no puedan realizar por sí mismos, así como la guarda de hecho

- En México: un Consejo Asesor para la defensa de los derechos del anciano que simultánea también con un Defensor Judicial y reconoce también la Guarda de Hecho. Aunque en ese Distrito Federal en marzo del 2000 si se dictó la "Ley de los Derechos de las personas Adultas Mayores" que reconoce los derechos de las personas con 60 años y más con el objetivo de propiciarle una mejor calidad de vida, establece los derechos de éstas y las obligaciones de la familia así como faculta a la Secretaría de Gobierno en la instrumentación de programas que proporcionen el acceso al empleo de los adultos mayores atendiendo a su profesión u oficio. Esta propia legislación crea el Consejo Asesor encargado de la integración, asistencia, promoción y defensa de los derechos de las personas ancianas como órgano de consulta, asesoría y evaluación de las acciones a favor del desarrollo de estas personas e indica las acciones de gobierno para el establecimiento de programas en beneficio de los adultos mayores.

-. El Derecho Español no define con precisión esta institución, pero le concede un capítulo dentro del título X. Así, el Capítulo V "De la guarda de hecho". Dice

en el art. 303 que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona, bienes del menor o del presunto incapaz y de sus actuaciones en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas".

En su Constitución de 31 de octubre de 1978 no se dedica espacio a la protección del Adulto Mayor. Su legislación en materia Civil (Código Civil Español de 1974, que fuera modificado por la Ley de Reforma del 24 de octubre de 1983) introduce la figura del Defensor Judicial y hace un reconocimiento explícito de la guarda de hecho.

Sobre la guarda de hecho el capítulo 5 recoge "Sin perjuicio de lo dispuesto cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación con relación a los mismos".

Costa Rica

Estipula el artículo 51 de su Constitución de 1949 el derecho de los ancianos a la protección del Estado. El Código Civil actualizado en 1996 regula las instituciones de Tutela y Curatela. Esta última en la Legislación familiar de 1973, prescribe que estarán sujetos a curatela los mayores de edad que padezcan de una incapacidad física o mental que les impida atender sus propios intereses en tanto incorpora una curatela accidental para cualquier persona que se encuentre en incapacidad de atender sus asuntos

El Código Civil De Venezuela establece la obligación de los hijos de asistir y suministrar alimentos a sus padres y a sus ascendentes maternos y paternos y es exigible en la medida que ellos carecieron de recursos o medios para la satisfacción de sus propias necesidades. En esta norma hay un capítulo que se dedica a la inhabilitación y que estipula que el débil de entendimiento cuyo estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción, podrá ser declarado por el juez de primera instancia inhábil para estar en juicio, celebrar transacciones, dar ni tomar préstamo, percibir sus créditos, dar liberaciones, enajenar o gravar

sus bienes o para ejecutar cualquier acto que exceda de la simple administración, sin la asistencia de un curador que nombrará el juez de la misma forma que confiere tutor a los menores, medida que se puede extender en dependencia de su necesidad.

El Salvador

No está redactado en su Constitución de 1985 ningún acápite expresamente dedicado a la protección de los ancianos o desvalidos. Sí en el Código Civil de 1959 se regula la tutela y la curatela y dentro de ésta una curatela especial. También conocida como guarda de hecho como negocio particular donde se incluye el adulto mayor. El Código de Familia de 1 de octubre de 1994 que se independizó del Civil de 20 de octubre de 1943 dedica el Libro V a “Los menores y las personas de la tercera edad” y en el título dedicado a estos últimos, los define, reconoce sus derechos a vivir al lado de su familia a la que asigna su protección y que la sociedad y el Estado lo asumirán cuando no existiere aquella o cuando no se le brinde una adecuada protección. Recoge también esta ley los derechos de los ancianos y dispone que su internamiento en asilos o casas de retiro se adoptará siempre como última medida.

5. La guarda de hecho

5.1. Concepto

La guarda de hecho, es una institución con la intención de regular jurídicamente a aquellas personas que desarrollaban funciones tuitivas, careciendo de nombramiento como tutor o curador. Esta figura es compleja, dado que refleja situaciones en que las funciones de guarda y custodia no se realizan por el titular de la patria potestad o tutela, sino por un tercero, que satisface las necesidades más apremiantes del necesitado de protección, de forma completamente voluntaria y sin ningún régimen legal, y de forma superpuesta con la guarda legal. (Cárcaba, 2001)

Así, a pesar de la falta de una definición legal de la misma, la doctrina científica viene definiendo la guarda de hecho en función de dos rasgos básicos, uno de ellos positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro, negativo, cual es el de la inexistencia

de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico. Se indica que, debido a esa falta de definición legal, todo modo de guarda continuada, personal o patrimonial, que no se constituya como patria potestad, tutela o curatela se engloba en la guarda de hecho que, por su carácter fáctico, admite todas las posibilidades, pudiendo el guardador asumir funciones de tutor o de curador. (Albácar López y Martín Granizo, 2001)

Cuando se habla de guarda de hecho es preciso diferenciar entre dos posibles fases:

– Por un lado, la guarda de hecho *stricto sensu*, verdadera situación de hecho, que, no puede tener una regulación que indique como ha de desarrollarse, sino, tan solo, producir ciertas consecuencias jurídicas a favor del guardado.

– Por otro, la misma una vez que se comunica a la autoridad judicial, ya que, a partir de ese momento la situación no sólo es de hecho, sino que adquiere otras características que la acercan a las de los cargos tutelares, en los que es esencial el control judicial, y nos creará la duda de si le son aplicables las normas establecidas para dichos cargos. (Berrocal, 2010)

La escasa regulación jurídica de la guarda de hecho hace que se piense que se está ante una institución no querida por el derecho que busca su transitoriedad o finalización una vez la contempla, pero esto no es, ni debe ser, así. Al contrario, si algo se constata en la vida diaria es que se trata de un mecanismo jurídico de protección de incapaces y menores que posee una gran potencialidad para resolver las cuestiones que constantemente se presentan. A pesar de ello, existen importantes reticencias de muchos profesionales para el uso de la guarda de hecho, lo que hace que la misma se encuentre infrutilizada.

Es preciso, además, señalar que el hecho de que exista esta pulcra regulación no justifica el pensar que el derecho repruebe esta figura. Al contrario, la existencia de un reconocimiento legal de la misma, hace que, una vez constatada y controlada por la autoridad judicial, podemos hablar de «guarda informal o provisional», no siendo correcto hablar ya de guarda de hecho puesto que cuenta con idéntico respaldo legal que el resto de las figuras

protectoras. Con la constatación la guarda de hecho deviene guarda de derecho

5.2. Naturaleza jurídica

En la guarda de hecho se pueden presentar diferentes supuestos, el primero cuando alguien careciendo de potestad legal sobre un menor, persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto a ellos, algunas de las instituciones tutelares o se hubiere encargado de su custodia y de la administración de su patrimonio y gestión de intereses.(Rogel Vide, 2000)

El segundo supuesto cuanto estuviese ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por inhabilidad legal.

El tercero cuando el tutor designado hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales y por último, cuando el tutor hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él.

La mencionada institución en algunos actos es bilateral, y en otros, unilateral. Es bilateral cuando los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercero tenga a su hijo en guarda de hecho, sin embargo, resulta unilateral cuando ante un menor abandonado, una persona lo acoge en guarda de hecho y ejercita respecto de él alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se encarga de su custodia y protección de su patrimonio. (Rogel Vide, 2003)

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

La doctrina se ha entretenido en debatir sobre la naturaleza de la guarda de hecho, dividiéndose entre los que la consideran como una verdadera institución y los que rechazan esta idea por entender que se trata de una

mera situación de hecho a la que, como mucho, le son atribuidos ciertos efectos por el legislador.

Lescano Feria ¹⁷ hace una síntesis de las diferentes interpretaciones y concluye que, más allá de la discusión, lo importante es definir sus características que son «la ausencia de deberes de protección y custodia por una persona sin título que la habilite» y la «inexistencia de un deber legal para ello» y analizar los intereses que se pretenden salvaguardar, siendo en todo caso, una situación jurídica protegida. (Lescano Feria , 2017)

La guarda de hecho es uno de los mecanismos para la protección de los discapaces más empleados en la sociedad. Tiene una gran trascendencia en la vida diaria y un enorme impacto en la vida social. La extensión de la misma está provocada por la desconfianza hacia las formalidades legales, el desconocimiento social y el temor a las costas del procedimiento por parte de los ciudadanos que conviven con una persona incapaz. Es, además, el medio de protección de los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Esta importante trascendencia social no va acompañada por una regulación suficientemente amplia que le permita la utilización de todo su potencial como tal mecanismo protector lo que provoca la mayor parte de sus problemas.

A pesar de que la ley parece constituirla como una situación de carácter provisional, hay muchos casos en que, por diferentes motivos, la guarda de hecho se mantiene durante un dilatado periodo de tiempo, incluso tras llegar a ser conocida por el Juez o el Fiscal. El interés del incapaz, principio fundamental en esta materia, puede hacer que el juez entienda que lo mejor es que continúe la guarda de hecho hasta que quede constituida la tutela regular. El Juez podrá poner en marcha el mecanismo de constitución de la tutela, siempre que esto sea más beneficioso para el incapaz, pero podrá mantener la guarda de hecho por el tiempo que considere conveniente sin tener que intervenir para extinguirla necesariamente, estableciendo sobre ella los

¹⁷ «En mi opinión, hablar de situaciones de hecho y situaciones de derecho es insuficiente si no se alcanza el verdadero significado que aporta la especial normativa a la figura. La auténtica guarda de hecho responde a la atención de unos intereses que se encuentran desde siempre arraigados en la sociedad. La figura nace extramuros de la ley, pero ésta le confiere unos determinados efectos jurídicos de manera retrospectiva para que el sujeto sometido a guarda no quede perjudicado o desprotegido. No es una situación propiamente de tutela jurídica, pero es una situación jurídicamente protegida.»

adecuados mecanismos de control. La guarda de hecho, especialmente en el caso de personas de edad avanzada, tiende muchas veces a ser duradera porque puede ser imposible el instar la incapacitación por falta de tiempo. (Alfonso Rodríguez ,2002)

5.3. La constatación de la guarda de hecho.

El principal obstáculo al que se enfrenta la guarda de hecho para su actuación en el tráfico jurídico es el derivado de la constatación en el mismo de su existencia. Esta dificultad de constatación dificulta su efectividad, crea una importante inseguridad jurídica, y provoca en los guardadores una sensación de abandono por el ordenamiento jurídico. (Fábrega Ruiz, 2006)

Esto provoca que la intervención del guardador de hecho en el tráfico jurídico normalizado, aquel que se hace a través de instrumentos públicos y con inscripción registral, se encuentra fuertemente restringida creando de hecho una imposibilidad de actuación negocial del discapacitado no incapacitado judicialmente.

La guarda de hecho es una institución de hecho. Ello significa que existe con independencia de la existencia de un documento formal que declare su existencia. Ahora bien, la realización de actividades de carácter fundamentalmente patrimonial (gestión de cuentas bancarias, firmas de contratos de arrendamiento de cosas o servicios, incluso el acceso a escritura pública de determinados actos dispositivos) es difícil sin un documento que acredite las facultades de administración y, en su caso, representativas de una persona que carece de una representación legal. (O'Callaghan, 2007)

Por ello, se han buscado mecanismos que permitan constatar o acreditar que esa guarda de hecho existe. (Rivera Álvarez, 2006)

Lógicamente, la resolución derivada no crea la situación, sino que reconoce su existencia para darle virtualidad, y sirve de título que ampare al guardador en su función.

Varios son los mecanismos que pueden utilizarse para este menester:

1.– Constatar la existencia de la guarda de hecho a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria finalizado por una resolución judicial que declare

frente a terceros la existencia de una situación de guarda de hecho, ejercida por una persona determinada.

2. –La utilización del acta notarial de notoriedad, para que se produzca la situación fáctica en que consiste la guarda de hecho es necesaria la prueba de tres circunstancias:

a. – La existencia de una discapacidad en una persona con suficiente entidad, en principio, para dar lugar a una falta de capacidad negocial.

b. – La inexistencia de incapacidad judicial o de procedimiento para ello, ya que, en este caso, podría haberse nombrado un administrador judicial o un defensor judicial con facultades de actuar en nombre del discapaz. Si este nombramiento no se ha hecho podría darse la guarda de hecho.

c. – La existencia actual y prolongada en el tiempo de una situación de cuidado y asistencia del discapacitado por parte de una persona determinada.

3. –Los directores de los centros residenciales en que se encuentra el incapaz como guardadores de hecho. Cuando el incapaz se encuentra residiendo y siendo atendido en un centro residencial, se encuentra atendido por la entidad titular del mismo, siendo la persona que materializa esta guarda el director como máximo responsable del centro. Por vivir allí cotidianamente el discapaz, el director es guardador de hecho en esa cotidianidad y en el campo personal, lo que conlleva para él obligaciones y derechos que deben clarificarse con el fin de evitar conflictos con los familiares del interno, tutores o no.

5.4. Los sujetos que intervienen en la guarda de hecho.

Los sujetos que intervienen en la guarda de hecho son el guardado, sobre el que recae la protección, y el guardador que es quien la ejerce sin tener un título, ni judicial ni administrativo, habilitante. (Jiménez Muñoz, 2010)

5.4.1 El guardador

El guardador de hecho es una o varias personas físicas, tengan o no vínculo con el guardado, o una persona jurídica como las entidades residenciales, sean centros para personas de la tercera edad o donde se prevé el cuidado para

personas con discapacidades físicas o psíquicas¹⁸, que asumen funciones de protección o cuidado.

El guardador de hecho podrá realizar actos en nombre del guardado que serán válidos en cuanto se realicen en beneficio económico o personal del mismo. No cabe duda de que el guardador de hecho puede realizar actos de administración tales como solicitar asistencia médica para sus guardados e incluso prestar el consentimiento para determinados tratamientos médicos, adquirir productos de consumo, realizar contratos de prestación de servicios, solicitar el ingreso en residencias a salvo la necesidad de la correspondiente autorización judicial, interesar determinadas declaraciones de carácter social como, por ejemplo, las derivadas de la ley de dependencia, etc. También puede matricular al discapacitado en un curso, disponer de su cuenta corriente, interponer una demanda en su interés, y si bien no se admite de forma unánime, solicitar un préstamo, vender un bien o renunciar a una herencia, así como otros actos de disposición. (Bustos Valdivia, 2000)

En cuanto a los centros residenciales, se afirma que cuando la persona se encuentre en dicho lugar y no exista sentencia de modificación de la capacidad, tales establecimientos se constituyen como guardadores de hecho, pero en quien se materializa esa cualidad es en el director de la institución por ser el responsable del centro. El desarrollo de esta guarda no está libre de problemas, que se ocasionan, principalmente, por la interferencia de los familiares que, a pesar de la situación de desamparo que han ocasionado, se creen legitimados para tomar decisiones respecto al guardado, por la sensación de conveniencia de parte de la institución al buscar la buena gestión de la residencia al margen del interés del guardado; asimismo se encuentra con muchos impedimentos a la hora de su actuación y se ve afectada por los continuos cambios en la planilla y en la estructura del centro. (Díaz Alabart, 2004)

¹⁸ En cuanto a las personas jurídicas como guardadoras y la situación de desamparo de las personas mayores de edad, y no susceptibles de ser incapacitadas, la propia Administración Pública puede ser nombrado guardador de hecho como medida cautelar judicialmente establecida dentro del marco asistencial de actuación de los poderes públicos con el objeto de paliar las situaciones de riesgo en que se encuentran inmersas tales personas, sin que el único remedio sea la incapacitación judicial.

5.4.1.1. La cuestión de la retribución al guardador

No se dice nada en ningún Código de los estudiados en capítulos anteriores respecto a si al guardador de hecho le corresponde una retribución por el ejercicio de la guarda. Ante este silencio es la doctrina la que se encarga del tema, presentándose posturas contrapuestas. (Bustos Valdivia, 2000)

Unos consideran que la guarda de hecho no puede ser retribuida ya que si se retribuye se premiaría una actividad que es ilegal.

Otros, en cambio, admiten que tengan a favor una retribución homologable.

Se considera que para determinar el tema hay que distinguir dos momentos:

- a) Retribución por el trabajo realizado en la fase previa a que se tenga conocimiento por el Juez de la situación de guarda de hecho.
- b) Retribución en relación a los actos futuros, porque una vez que el Juez conoce de la guarda de hecho puede mantenerla en el tiempo.

En el primer momento, habría que rechazar la posibilidad de retribución ya que el sentido de la norma es estimular el buen funcionamiento de la institución y esto se compadece mal con los actos ya realizados. En el segundo momento, se acomoda más la posibilidad de que el guardador de hecho reciba una retribución porque se refiere al posterior funcionamiento de la guarda.

Con todo, la retribución del guardador debe ir siempre relacionada con los bienes del guardado porque pierde toda su importancia si este carece de ellos.

5.4.2. El guardado

La determinación de quién pueda ostentar la calificación de guardado depende de la postura que se asuma (amplia o restrictiva); pero tal y como se da el caso, y al asumir una postura amplia, se puede decir que la guarda de hecho está vinculada a una persona menor, incapacitada o incapaz no incapacitada que por cualquier motivo necesitan protección. (Cárcaba, 2001)

5.4.2.1 Guarda de hecho de incapaces no incapacitados

*La guarda de hecho como mecanismo de protección

Si el incapaz no incapacitado o con capacidad restringida está bajo la guarda de hecho y esta se ejerce de una manera plena, satisface y beneficia a la persona se puede considerar como mecanismo de protección idóneo, sin necesidad de llegar al proceso de modificación de la capacidad, que en muchos de los casos es una situación traumática para las familias y para la persona que tiene disminuida su capacidad.

Esta circunstancia implica que el conocimiento de una incapacidad no decretada puede llegar a crear un estado de cosas susceptible de una tutela fáctica (guarda de hecho) que tiene que gozar de una cierta posesión de estado; sin llegar al extremo de que en todos los supuestos sea necesario un procedimiento de modificación de la capacidad.¹⁹

Lo que los incapaces no incapacitados o con capacidad restringida necesitan en primer lugar no son sentencias que modifiquen su capacidad, sino afecto, recursos sociales, sanitarios, educacionales, socioculturales y que las intervenciones judiciales busquen la efectividad y la protección con la menor intromisión en sus derechos y en su dignidad.

Es común que a través de la protección de familiares o terceros, sin titularidad jurídica, los incapaces no incapacitados reciban los cuidados y atenciones necesarias para su desarrollo, de manera que las deficiencias de autogobierno están plenamente cubiertas y por tanto no existe motivo para iniciar el proceso de modificación de la capacidad, que se debe reservar para los supuestos más graves. La sentencia de modificación de la capacidad en nada cambia la situación del que se encontraba protegido a través de una guarda de hecho, pues no le reporta nada beneficioso, llegando incluso a provocar un perjuicio anímico de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada, no hay motivo para incapacitar a la persona. (Fábrega, 2006)

¹⁹De esta opinión es FÁBREGA RUIZ, quien defiende que para graduar la capacidad y comprobar la afectación de autogobierno, como elemento fundamental de las causas de incapacitación, es necesario poner los efectos que la enfermedad origina con las circunstancias en que se desarrolla la vida del presunto incapaz. Para determinar que una persona debe ser incapacitada debe valorarse qué necesita hacer de forma ordinaria para atender sus asuntos, autorrealizarse y ser feliz. Determinar luego que es lo que puede hacer por sí misma para conseguir esos objetivos y luego comparar ambos aspectos. Solo si la persona debe hacer más de lo que puede, habrá que buscar el mecanismo de protección que supone la incapacidad, limitándola a aquello que el incapaz necesita hacer ordinariamente y que no puede realizar por sí solo.

Así las cosas, será pertinente mantener la situación en el estado que se encuentra y valorar de manera positiva el mecanismo que otorga protección y que se desarrolla en su interés .Por tanto, solo procedería la declaración de incapacidad cuando la causa fuera acompañada de un motivo válido y suficiente .

Para situaciones de incapacitación, la guarda de hecho se presenta cuando aquel que ha sido nombrado tutor no asume el cargo y es un tercero el que desempeña las funciones de guarda y protección o, también en supuestos de delegación, inhabilitación y tutela putativa. (Heras Hernández, 2009)

En estos casos, lo aconsejable es seguir el cauce legal e intentar que la situación se regularice y se nombre a la persona que debe asumir las funciones del tutor.

5.5 Medidas de control y vigilancia de la guarda de hecho

El hecho de que la guarda sea una realidad fáctica , en general carente de todo control oficial , provoca que el reconocimiento legislativo de la misma tenga un interés especial en su control y vigilancia .Frente a algunas posturas doctrinales que consideraban que debían aplicárseles los mecanismos de control y vigilancia que la ley recoja para la tutela , el sector mayoritario de los autores se oponen a esta equiparación , puesto que no toda la regulación de la tutela es aplicable a la especificidad de la guarda de hecho.(Cano Tello, 2003)

Algunas de las formas de control a las que debe someterse la misma son:

*La posibilidad de que el Juez pueda solicitar al guardador para que informe sobre la persona y bienes del guardado, e igualmente de su actuación con respecto al mismo. Esta información supone una garantía en sí misma .El deber de información se extiende tanto a la persona como a los bienes, quedando limitado, en cada caso, al ámbito en que se desarrolle la guarda. Con respecto a los bienes, consistirá en un inventario y en una rendición de cuentas, rendición que será más necesaria cuando el patrimonio administrado es importante y el guardador de hecho carece de relación de parentesco con el presunto incapaz. (Fábrega, 2006)

*La adopción de las medidas de control y vigilancia que el Juez considere oportunas para la protección del presunto incapaz. Se dice que estas medidas son provisionales y caducas, de duración transitoria. (Bercovitz, 2003)

En cuanto al procedimiento a seguir para el control de la guarda de hecho, una vez conocida la situación, el Juzgado correspondiente a la residencia del presunto incapaz, iniciará un procedimiento de jurisdicción voluntaria en la que deberá constatar la situación de presunta incapacidad para lo que es imprescindible el examen médico forense y, muy conveniente, la exploración judicial. El Juez podrá solicitar diligencias tales como informes sociales, extractos de cuentas corrientes, certificaciones registrales, etc, que servirán para conocer en profundidad el entorno vital del discapaz. Deberá oír a las personas con interés legítimo y, en concreto, parientes cercanos, guardador y el guardado si tuviere suficiente juicio. Por último, acordará por auto las medidas que considere pertinentes entre las que puede establecerse la obligación de rendir cuentas anuales, informar periódicamente de la situación en que se encuentra el presunto incapaz, atención personal y terapia que recibe. (Fábrega, 2006)

5.6 Ámbito al que puede extenderse la guarda de hecho

Tratándose de una situación fáctica está claro que su ámbito puede variar pues tanto puede darse en relación al patrimonio del presunto incapacitado, como respecto de su persona o de su ámbito familiar, o incluyendo todos esos aspectos. (Rogel, 2003)

Respecto de la persona puede ocuparse de su alimentación, tratamientos médicos, formación y desde luego, en lo posible, de la recuperación de su capacidad. Si se trata de intervención en su ámbito familiar se estaría hablando de la ayuda o apoyo para ejercer correctamente.

Dentro de los actos patrimoniales que puede realizar el guardador de hecho, sirva de ejemplo, la constitución de patrimonio protegido en beneficio de una persona con discapacidad con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario, la solicitud de la declaración de situación de dependencia y el requerimiento de

las prestaciones , y la posibilidad de solicitar información contable y financiera a las instituciones públicas con las que mantiene vinculo el guardado. (Rivera, 2006)

5.7 Las cuentas entre el guardador y el guardado. Responsabilidad del guardador.

Otra de las consecuencias de la comunicación de la existencia de una guarda de hecho es la rendición de cuentas de la actuación del guardador con el pago del saldo deudor a quien corresponda de los dos sujetos de la relación. En legislaciones foráneas se contempla expresamente el derecho del guardador a ser indemnizado por los daños que haya sufrido sin su culpa en el ejercicio de la guarda. Resulta evidente que también el guardado o aquellos que le representen podrán accionar para reclamar los daños y perjuicios que les pudo producir una guarda de hecho poco cuidadosa. (Bustos Valdivia, 2000)

Pero no es esta la única responsabilidad que corresponde al guardador de hecho, ya que está obligado a promover la tutela del presunto incapacitado; la sanción al incumplimiento de este deber será el hacer responsables solidarios a estas personas de la indemnización de los daños y perjuicios causados. Se parte de considerar que esos daños serán los que sufra el propio presunto incapacitado, pero también han de incluirse aquellos que haya causado a un tercero el que debería estar incapacitado y que, o bien no hubiera causado de estarlo, o bien, estándolo, del daño hubieran respondido, quienes ostentaran la tutela. (De Salas, 2003)

5.8 Extinción

La extinción de la guarda de hecho se contempla cuando finalizan las causas que la motivaron lo que tratándose de persona que debiera estar sometida a tutela, o curatela, solamente puede ocurrir porque ya no necesite estarlo, o bien porque se ha incoado un procedimiento de incapacitación, y mientras se resuelve se nombra un defensor judicial .También por causas generales como son el fallecimiento del guardador o guardado. (Jiménez Muñoz, 2010)

Nada se dice de la posible extinción de la guarda de hecho por decisión del guardador .Decisión que bien puede ser por no estar en condiciones de tomar

sobre si esa responsabilidad o porque el ocuparse de los propios asuntos lo hacen imposible, supuestos ambos en los que será lícito abandonar la guarda. Quien la abandonara sin poner previamente en conocimiento de la autoridad judicial la situación de guarda de hecho, evidentemente incurriría en responsabilidad. Se estima que no se puede abandonar la guarda de hecho sin razón alguna, sino que habrá de continuarse mientras no concurra circunstancia que permita lícitamente hacerlo, o cuando el Juez haya decidido por conveniencia del guardado tomar otras medidas para su cuidado.(Jiménez Muñoz, 2010)

La desaparición de las causas que motivaron la guarda de hecho no exime al guardador del cumplimiento de la obligación de dar cuenta al Juez de la situación de guarda, lo que no deja de ser un poco particular, pues, en primer lugar si ya se ha constituido tutela o curatela, o hay una situación de acogida no se puede comunicar el hecho actual de la guarda, sino en todo caso el que en el pasado existió dicha guarda. En segundo lugar, parece difícil que en un proceso de incapacitación de una persona no salga a la luz el que en el momento de incoarse, o incluso mientras se realiza, la persona a la que se pretende incapacitar estaba sometida a una guarda de hecho. (Moreno, 2000)

6. Comparación entre las instituciones de tutela y guarda de hecho

La tutela y la guarda de hecho, son instituciones que guardan semejanzas entre sí, sin embargo a pesar de ello existen diferencias. A continuación se establecerá una comparación entre ambas instituciones

Como semejanzas se pueden determinar las siguientes:

- Ambas son instituciones de guarda y protección legal de la persona y/o de los bienes de quien tiene limitada (parcial o totalmente) su capacidad de obrar, las cuales son establecidas *ex lege* con el fin de cubrir su falta de plena capacidad y evitar los riesgos que tal carencia puede suponer para su esfera personal y/o patrimonial.
- Son mecanismos de tuición, amparo o defensa de las personas jurídicamente vulnerables.

-Una de las formas de extinción que es común para estas instituciones es el fallecimiento, bien del tutor o tutelado como del guardador o guardado

Las diferencias son que:

-La tutela se constituye en caso de persona menor de edad no emancipada que no esté bajo patria potestad o se halle en situación de desamparo legal así como de la declarada judicialmente incapacitada; mientras que la guarda de hecho, se constituye en caso de un menor de edad o un incapaz o que no haya sido declarado judicialmente incapaz o con capacidad jurídica restringida, carecen de nombramiento de tutor o curador.

-El tutor es el representante legal del pupilo, cuya voluntad suple o sustituye; mientras que el guardador de hecho se limita a completar la atenuada incapacidad de obrar de la persona sometida a guarda de hecho en aquellos actos que no puede realizar por sí mismo, sin sustituirla ni ser propiamente su representante sino un mero asistente legal.

-El cargo de tutor puede ser retribuido siempre que el patrimonio del tutelado lo permita fijado por el Juez, en el caso del guardador de hecho no se habla ni se le confiere retribución alguna pero en la doctrina hay algunos autores que plantean que si se le debe retribuir y que debe ir siempre relacionada con los bienes del guardado porque pierde toda su importancia si este carece de ellos.

-La extinción en la tutela se da cuando el menor alcanza la mayoría de edad, es adoptado, si los progenitores recuperan el ejercicio de la patria potestad; mientras que en la guarda de hecho es porque ya no necesite estarlo la persona que estaba sometida o porque se ha incoado un procedimiento de incapacitación.

-No hay en el caso del guardador de hecho una limitación de esferas de actuación, solo se pretende la regulación de la eficacia de los actos de contenido patrimonial del guardador de hecho que se distinguen en actos meramente conservativos de todos los demás; en la tutela esto si ocurre donde se establece la relativa libertad del representante legal para la realización de lo que se considera actos de administración ordinaria dirigidos a la conservación y mantenimiento patrimonial.(Guilarte, 2000)

-En la tutela el concepto de utilidad o necesidad se recoge como un medio para imponer un criterio objetivo a la decisión judicial a la hora de autorizar determinados actos del tutor. La falta de utilidad o necesidad como elemento imprescindible de la acción de impugnación cuando no se dé la autorización judicial. No hay posibilidad que tenga éxito la excepción de utilidad necesidad planteada por los representantes legales si se impugna el acto sin autorización. El criterio de utilidad necesidad no contempla la repercusión real en el patrimonio del incapacitado; en la guarda de hecho no podrá haber oposición a la acción que pretende la eficacia del contrato si redunde en utilidad. La utilidad habrá que medirse tanto económico como personalmente y atendiendo no a los actos en concreto sino conjugando aquellos que, relacionados, conforman el beneficio o perjuicio obtenido. De este modo ha habido un incremento en el patrimonio o se ha evitado la pérdida patrimonial o satisfecha una necesidad de la persona o patrimonio del incapaz. (Lete del Rio, 2000 y Ruiz-Rico, García Alguacil, 2004)

7. Ventajas y desventajas del reconocimiento de la guarda de hecho en el ordenamiento familiar cubano como mecanismo protector del adulto mayor con capacidad jurídica restringida.

7.1 Ventajas de la guarda de hecho

-Es una institución jurídica en la cual una persona tiene a su cargo voluntariamente el cuidado y la protección de personas que a pesar de ser incapaces tienen restringida su capacidad no lo han sido declarados judicialmente

-Es uno de los mecanismos para esta protección de los discapaces más utilizados en la sociedad

-Medio de protección de los sectores más desfavorecidos de la sociedad

-La extensión de la misma está dada por la desconfianza hacia las formalidades legales, lo que provoca una confianza total en estas personas por parte de los incapaces.

7.2 Desventajas de la guarda de hecho

-Las capacidades del guardador de hecho están generalmente muy limitadas en la realidad del tráfico jurídico y de la relación de este con los operadores jurídicos. No es lo mismo estar atribuido legalmente con unos poderes sobre el patrimonio de una persona que no gozar de poder alguno. A los ojos del Derecho, el guardador de hecho aparece como una persona irrelevante en relación con el patrimonio del menor o incapacitado y, por lo tanto, sin capacidad para llevar a cabo actos de administración, representación o disposición del patrimonio de la persona a la que cuida. Solo en los casos en que, anteriormente, tuviera atribuida la representación legal que ya resulta extinguida, podría aparentarse o provocar el engaño en el tercero. Por lo tanto sus posibilidades de intervención patrimonial están muy limitadas. (De la Puente, 2004)

-Para “regularizar en el mundo del derecho” cualquier acto o negocio jurídico, el guardador debe pretender judicialmente o extrajudicialmente la eficacia de actos de contenido patrimonial. Extrajudicialmente, pueda buscar la ratificación de los menores o incapaces- cuando alcancen la capacidad de obrar necesaria -o de sus representantes legales- si bien con la limitación propia de sus facultades. Judicialmente, deberá ejercitar la acción declarativa como mínimo, que corresponda. Mientras eso no ocurra el acto es ineficaz. (Diez Picazo y Gullón Ballesteros, 2001)

-El guardador de hecho no puede pretender la aplicación inmediata de las reglas de la tutela que supongan un beneficio o liberalidad para el tutor, como son las de prescripción de las acciones de rendición de cuentas, no obstante, si cabe aplicarle las obligaciones propias de la tutela como son las de diligencia, beneficio o interés del menor o incapacitado, debe de rendir cuentas de su gestión. Todas las cuales se deben no solo al juez cuando oportunamente le solicite información, sino al menor o incapaz o sus representantes legales, cuando se lo soliciten, y en todo caso, al final de su gestión. (Rams Albesa, 2005)

-El guardador no solo debe acreditar la utilidad del acto realizado sino su condición de tal. Varias posibilidades existen, la más generalizada es mediante

la interposición del proceso de incapacitación o de constitución de la tutela de menores, otra es mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, expediente informativo en la Fiscalía o mediante acta de notoriedad. (Santos Urbaneja, 2004)

CONCLUSIONES

PRIMERA: La protección jurídica de la persona con capacidad restringida parte de reconocer su situación singular en el contexto social y jurídico, la garantía de sus derechos, la promoción de sus facultades y capacidades con el propósito de que alcance el mayor grado de autonomía posible.

SEGUNDA: La protección al adulto mayor tanto de la sociedad como del Estado cubano y la obligación de las familias de asistir y proteger a sus abuelos encuentra protección en la Constitución de la República de Cuba y en el Código de Familia, pero no es suficiente en este sentido.

TERCERA: El Código de Familia cubano solo regula como instituciones tuitivas la patria potestad y la tutela, dejando fuera a otras instituciones de gran relevancia en el mundo jurídico.

CUARTA: La guarda de hecho es un mecanismo de protección de gran incidencia social por considerar al procedimiento de modificación de la capacidad inadecuado, pero a su vez su actuación en el tráfico jurídico se encuentra obstaculizada.

QUINTA: La guarda de hecho y la tutela son instituciones de guarda y cuidado que tienen sus propias semejanzas y diferencias.

SEXTA: El reconocimiento de la institución de la guarda de hecho en el ordenamiento familiar cubano garantizará ventajas y desventajas a la protección del adulto mayor con capacidad jurídica restringida.

RECOMENDACIONES

En el orden académico

-Promover la impartición de postgrados y la organización de eventos en los que se incluyan dentro de sus líneas el tema en cuestión, para así lograr que se profundice en sus fundamentos.

-Proponer la inclusión de líneas de investigación sobre el régimen jurídico de la guarda de hecho en la legislación familiar cubana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Achával, A.: *Manual de medicina legal*, Buenos Aires, Editorial Policial, 2000.
- Albácar López, José y Martín Granizo, Mariano, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Trívium, Madrid, 2001.
- Albaladejo García Manuel. *Derecho Civil, Introducción y Parte General*, Tomo 1, volumen 1, Barcelona, Editorial Bosch, 2000.
- Albaladejo, Manuel (2004). *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*. 15a ed. España: Librería Bosch S. L.
- Alfonso Rodríguez, Elvira, “*La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores*”, *Actualidad Civil*, nro. 17, 2002, pp.88 y ss.
- Álvarez Tabio, A. M., “*La curatela y Discapacidad*”, en IV Conferencia de Derecho de Familia, 2006, pág. 4.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “*Comentario al artículo 303 del Código Civil*”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 793 y ss.
- Bustos Valdivia, Inmaculada, “*El guardador de hecho ante los actos dañosos producidos por su guardado*”, Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada, Vol. I, Universidad de Almería, 2000, pp.275 y ss.
- Cano Tello, Celestino, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines: Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 2003*, Civitas, Madrid, 1984
- Cárcaba Fernández, María, “*Consideraciones sobre la guarda de hecho*”, Tutela de los Derechos del Menor, 1er Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 2001, pp.81 y ss.
- Castro y Bravo, Federico De, “*Introducción y Derecho de la persona*”, Compendio de Derecho Civil, Madrid (2000), Págs. 166 y siguientes.
- De Salas Murillo, Sofía, *Responsabilidad Civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en la que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Díaz Alabart, Silvia, *El procedimiento de incapacitación y las instituciones de guarda. La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuamur, Madrid, 2004.

Díaz Magrans, María M. (2006). *“La persona individual”*, en: Valdés Días, Caridad del Carmen (coord.). *Derecho Civil Parte General*. La Habana: Félix Varela, p. 109.

Díaz Magrans, M. M., *La Tutela. Posibilidad de una mayor intervención notarial*, tesis presentada para optar por el título de Especialista en Derecho Notarial, bajo la autoría de Corzo González, L., Universidad de la Habana, 2007, p. 10.

Diez-Picazo, L. y Antonio Guillón Ballesteros. *Sistema de Derecho Civil*, volumen 1, Madrid, Editorial Tecnos, 2000.

Diez Picazo, L.- Guillón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil*, IV, Derecho de familia y sucesiones, 8ª Ed, Madrid 2001, Pág. 294.

Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco; « *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*». Editorial Universitaria Ramón Areces y Fundación Aequitas, Madrid 2006

Fernández Castellón, Raúl (2001). *El envejecimiento en Cuba*. La Habana.

García Valdecasas, Guillermo, *Parte General del Derecho Civil Español*, Civitas. Madrid, 1999, pág.191.

Guilarte Zapatero, V.: *“De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales, I y II”*, Actualidad Civil, 2000, Pág. 470, Madrid.

Heras Hernández, María, *“Nuevas tendencias en los instrumentos jurídicos de protección de las personas mayores con disminución de su capacidad: hacia una mayor flexibilización de las instituciones tradicionales “*, *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales*, Ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional “La protección de las personas mayores “celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009, Madrid, 2009, pp.11 y ss.

Jiménez Muñoz , F. J., *“Breves observaciones acerca de la guarda de hecho, en el derecho común y los derechos catalán y aragonés”*, en Salas Murillo , S. (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 623-650, p. 624.

Lacruz Berdejo, J. L., et. al., *Derecho de Familia*, Barcelona, José María Bosch Ed., 2005, p. 487.

Lescano Feria, P. A., *La guarda de hecho*, Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, 2017.

Lete del Rio, J.M. *“Comentario al Art. 270”*, en Albaladejo García, M.(Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, IV, Edersa, Madrid 2000, Pág. 389.

Martínez García, J. A. “*Apoderamientos preventivos y autotutela*”, en Martínez D, R. (coord.), *La protección jurídica de discapaces, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, Civitas ediciones, 2000, pp. 115-148, pp.24y 25.

O’Callaghan, Xavier, “*Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho*”, *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol.I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp.289 y ss.

Pereña Vicente, M., “*La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela ¿*”, en la Ley, año XXVIII, No. 6665, 6 de marzo de 2007, págs. 1-6.

Pérez Gallardo, L.: *La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda*, 2006 CD-ROM

Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2000.

Rams Albesa, J. en Lacruz Berdejo, J.L. et alios: *Elementos de Derecho Civil*, IV, Familia, 2ª ed. revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid 2005, Pág. 461.

Rogel Vide, Carlos, *La guarda de hecho*, Tecnos Madrid, 2000.

Santos Urbaneja, F.: “*Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el Art. 200 del Código Civil*”, en Revisión de los Procedimientos relativos a la incapacidad, Fundación Aequitas, Madrid 2004, Pag.36-37.

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

Vidal, G.: *Psiquiatría*, Buenos Aires, Editorial Médica Panamericana, 2002.

Vidal Morant, J.”*Derecho de Familia, patria potestad y otras instituciones de protección a menores*”, en Noticias Jurídicas, febrero, 2002, pág.15

Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

Zayas Rodríguez, R., *Derechos de la mujer casada, legislación y jurisprudencia*, Trinidad, Editorial Tipografía Venus, p. 44. 2007

Sitios web

Rivera Álvarez, Joaquín, “Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho”, *Nul*, nro. 1, 2006, [¿http://www.codigocivil.info/nulidad/lodel/document.php?](http://www.codigocivil.info/nulidad/lodel/document.php?)

La Curatela. Disponible en:
http://www.ibertalleres.com/web_juridica/cap2/27.htm [Fecha de consulta:
19/04/2019].

Artículos de revistas

Abreu Vázquez, María “*Una mirada al envejecimiento de la población*”, Revista del Hospital Psiquiátrico, No. 6(2), La Habana, 2009.

Berrocal Lanzarot, Ana, “*Aproximación a la institución de la guarda de hecho*”, Revista Critica de Derecho Inmobiliario, nro. 722, Noviembre – Diciembre2010, pp.2844 y ss.

De la Puente Alfaro, F.: “*Documentos en los que intervienen por representantes y su acceso al Registro de la Propiedad y Mercantil*”, en Del Águila Tejerina, R.: La representación en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 8 (2004), Pág. 219

Rogel Vide, C., “*Sobre la guarda de hecho*”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año 2003, nro. 4, Editorial Reus, p. 579

Moreno Quesada, Bernardo, “*El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*”, Revista de Derecho Privado, 2000, pp.307 y ss.

Puig Peña, Federico, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1996, pp.560-583.

Legislación nacional

Constitución de la República de Cuba (2019)

Código Civil de la República de Cuba. Ley N° 59. (Actualizado) MINJUS 2009, folleto, p. 26. 16/06/ 1987.

Código de familia. Ley N° 1289. 14 de febrero de 1975, MINJUS, TSP, FGR y ONBC. Editorial Félix Varela. La Habana 2007. ISBN 959-07-0337-2, folleto.

Legislación internacional

Código Civil de Alemania. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_alem_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de Panamá. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_pan_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de Nicaragua. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_nicar_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de Francia. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_franc_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de España y Ley Cataluña. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_esp_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de México Federal y Distrito Federal. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_mex_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de Argentina. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_arg_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de Honduras. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_hond_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de Italia. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ital_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de Costa Rica. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_costa_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de Suiza. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_suiz_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de Colombia. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_colomb_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código Civil de Venezuela. 26 de julio 1982. Gaceta Oficial Nro. 2.990. Disponible en: <http://www.asamblea.go.cr> [Fecha de consulta: 10/04/2019].

Código de Napoleón. Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_napoleon_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2019].

Código de Familia de Venezuela. Disponible en: <https://www.google.com.cu/#q=codigo+de+familia+de+venezuela>, p. 90 [Fecha de consulta: 29/04/2019].

Código de Familia de Costa Rica. Disponible en: <https://www.google.com.cu/#q=codigo+de+familia+de+costarica>, p. 90 [Fecha de consulta: 29/04/2019].

Ley N° 3/94. (Panamá) 27 de abril. Código de Familia. Aprobada 17 de mayo 1994. Disponible en: <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/cendojfields/codigos/> [Fecha de consulta: 29/04/2019].

Constitución española. Disponible en: <https://www.google.com.cu/#q=constitución+españa>, [Fecha de consulta: 29/04/2019].

Constitución venezolana. Disponible en: <https://www.google.com.cu/#q=constitución+venezuela>, [Fecha de consulta: 29/04/2019].

Constitución de Costa Rica . Disponible en: <https://www.google.com.cu/#q=constitución+costarica>, [Fecha de consulta: 29/04/2019].

Constitución de Panamá. Disponible en: <https://www.google.com.cu/#q=constitución+panama>, [Fecha de consulta: 29/04/2019].