



**Universidad Central
"Marta Abreu" de Las Villas
Facultad de Derecho**

Trabajo de Diploma

**Título:
"La Tutela Asistencial del Adulto
Mayor en el ordenamiento jurídico cubano."**

**Autora: Ailyn Nodarse Palacio.
Tutora: Dr. C. Yisel Muñoz Alonso**

Santa Clara, Junio del 2013

*Una bella ancianidad es, ordinariamente la
recompensa de una bella vida.*

Pitágoras

Dedicatoria

A mi familia por apoyarme incondicionalmente

Y en especial a San Miguel de Arcángel por

No apartarse de mí ni un solo momento.

Agradecimientos

A Dios por hacer mis sueños realidad.

A todos los ángeles pequeños del hogar por sacar lo mejor de mí.

A mis padres por ayudarme cada día a ser mejor persona.

A mis hermanos por protegerme tanto.

A mis amigos por darme su apoyo incondicional, en especial a Mayelín y a Humberto.

A mis profesores por enseñarme todo lo que sé.

A mi tutora, Dra. Yisel Muñoz Alfonso por ayudarme durante todo el desarrollo de la tesis.

A mis compañeros de aula que desde primer año han estado junto a mí.

A todos aquellos que me conocen y de alguna forma me han ayudado a lo largo de estos años.

Muchas Gracias

Resumen

La investigación se titula “La Tutela Asistencial en el ordenamiento jurídico cubano”. El estudio de esta institución es importante debido a que Cuba es actualmente una de los países más envejecidos de América Latina, lo que requiere que se brinde una protección adecuada y mejor calidad de vida a los ancianos. Cada día se incrementa el número de ingresos de los ancianos sin familia en centros asistenciales los que alcanzan con el tiempo algún tipo de incapacidad, constituyéndose así la Tutela Asistencial. Sin embargo, esta institución no goza de una adecuada regulación jurídica, por lo que se planteó como Problema científico: ¿Qué deficiencias posee la Tutela Asistencial reconocida en el ordenamiento familiar cubano, que influyen en su ejecución práctica? Esta tiene como propósito principal: Valorar la aplicabilidad de la Tutela Asistencial y su eficacia normativa a partir de su incidencia en la práctica. Los resultados de la investigación son: el estudio teórico conceptual de la Tutela Asistencial en el ordenamiento jurídico cubano, el diagnóstico de aplicabilidad de la Tutela Asistencial en el municipio de Santa Clara y el material de estudio sobre la Tutela Asistencial. La investigación está estructurada en dos capítulos, el primero está dirigido al análisis de la incapacidad, discapacidad y dependencia del Adulto Mayor, circunstancias que pueden conducir a la constitución de la Tutela Asistencial; mientras que el segundo es relativo a la Tutela Asistencial o Administrativa del Adulto Mayor y su tratamiento en el ordenamiento jurídico cubano, valorando su aplicabilidad práctica.

Abstract

The current research is entitled "Assisted guardianship in the Cuban law system". Its study is paramount due to nowadays Cuba shows one of the highest rates of elderly population in Latin America. Its main objective is to value the applicability of the assisted administrative guardianship. Every day increases the number of admissions of the elderly without family in assistance centers which eventually reach some kind of disability, thus making the Guardianship Assistance necessary. However, this institution does not have an adequate legal regulation, so the scientific problem of the current research is: What deficiencies Guardianship Assistance has recognized in the Cuban family law, which influences its practical implementation? This has as its primary purpose: To evaluate the applicability of the Guardianship Assistance and its compliance from its practical impact. The results of the research are: the theoretical concept of Guardianship Assistance in the Cuban legal

The results derived from this research are: the theoretical and conceptual study, the diagnosis of the Assisted or administrative guardianship in Santa Clara municipality and a study material about the Assisted guardianship. The research is divided into two chapters. The first one related to the analysis of the inability and dependence of the elderly people, which can derive in the guardianship assistance and a second chapter deals with the assisted Guardianship of the elderly population in the Cuban law system, valuing its applicability.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LA DEPENDENCIA, INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD EN EL ADULTO MAYOR. PERSPECTIVA JURÍDICA.	5
I.1. La incapacidad. Generalidades	5
I.1.1 Proceso de incapacitación.....	8
I.1.2 Tipos de incapacidad.....	12
I.2. La Discapacidad. Tipos de discapacidad. Diferencias con la Incapacidad	14
I.2.1. Tipos de Discapacidad	17
I.2.2 Diferencias entre la Incapacidad y la Discapacidad	18
I.3. Incapacidad en el Adulto Mayor.....	20
I.4 La Dependencia en el Adulto Mayor	25
I.5. Enfermedades que incapacitan al Adulto Mayor	27
CAPÍTULO II: LA TUTELA ASISTENCIAL DEL ADULTO MAYOR. TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO	34
II.1. Definición conceptual de Tutela.....	34
II.2. Caracterización de la Tutela	36
II.3. Naturaleza Jurídica de la Tutela. Sistemas.....	39
II.3.1. Sistemas de la Tutela	40
II.4. Delación, Constitución y Remoción de Tutela.....	41
II.5. Clases y contenido de la Tutela.....	43

II.5.1 Contenido de la Tutela.....	44
II.6 Extinción y Registro de Tutela	49
II.7. La Tutela en el anteproyecto del nuevo Código de Familia	50
II.8 La Tutela Asistencial. Delimitación conceptual. Precisiones terminológicas.....	52
II.9. La Tutela Asistencial en el Derecho Comparado.....	55
II.10. La regulación en el Código de Familia Cubano de la Tutela Asistencial.....	59
II.11. Regulaciones administrativas de la Tutela Asistencial.....	63
II.12 Relación de la Tutela Asistencial con la figura del cuidador y la del guardador de hecho.....	65
II.13. Los órganos de control de la Tutela. La Fiscalía y los Tribunales Populares	69
II.14. Diseño metodológico sobre la Tutela Asistencial, eficacia normativa.....	72
II.14.1. Análisis de resultados.....	75
CONCLUSIONES	79
RECOMENDACIONES	81
BIBLIOGRAFÍA	
ANEXOS	

INTRODUCCIÓN

La Tutela constituye un remedio jurídico para acudir en caso de que las personas no puedan valerse por sí mismas, y se encuentren limitadas para ejercer sus derechos y obligaciones, ya sea por causa natural o legal. Esta es una institución familiar que implica relaciones de mutuo auxilio, protección y defensa y es precisamente la familia la que, en primer lugar, sería la encargada de cuidar de la persona del menor o de la del carente de capacidad jurídica de obrar. No obstante, la propia legislación da la posibilidad de que cuando existan razones que lo aconsejen, el Tribunal podrá designar tutor a persona distinta al núcleo familiar del tutelado, prefiriendo en este caso a quien lo tenga a su cuidado o a quien muestre interés en asumir la Tutela. Además, la Tutela es esencialmente social porque afecta al agregado humano que integra el cuerpo político; es de matiz económico porque gracias a ella se le da protección al patrimonio del incapaz; y es una institución jurídica, ya que vive en la esfera de la ley y se manifiesta dentro del ordenamiento jurídico; de ahí la importancia que tiene el estudio de dicha institución.

Con el decursar de los años, el hombre en su sentido genérico transita por diferentes etapas del ciclo vital, los hombres nacen, crecen, se desarrollan, y finalmente envejecen. En el siglo xx se produjo un proceso de envejecimiento apreciable de la población cubana. Al inicio del mismo existía alrededor de 72 000 Personas Mayores de 60 años; sin embargo en 1950 la cifra superaba los 425 000, en 1990 el país contaba con más de 1,2 millones de ancianos. Los crecimientos decenales se calcularon alrededor de 250 000 hasta el año 2000 y después de este año se esperan crecimientos superiores a los 400 000 hasta el año 2025. Según estimados el 13,4 % de los ciudadanos tenían 60 años o más en el año 2000 y el 20,1 % los tendrán en el 2025, con una expectativa actual de vida al nacer de 75 años. Actualmente, en nuestro país, el 14,4 % de la población tiene más de 60 años.¹

Esto ha ocasionado que cada vez más los gobiernos busquen nuevas formas de darle protección a los ancianos y una mejor calidad de vida. Por lo que el reto

¹COLECTIVO DE AUTORES. (2004). *Envejecimiento de la población, Cuba y sus territorios*. Editorial ONE, pág.7.

fundamental de la sociedad cubana actual radica en el diseño e implementación eficiente de mecanismos que brinden protección a los Adultos Mayores, que no se desarrollen solamente en el sector de la Salud, sino que trasciendan el mismo; y ofrezcan mayor bienestar a esta población, para lo cual es necesaria la participación de toda la sociedad.

Además, por razones de la edad son los ancianos los que se encuentran más vulnerables ante la sociedad, viéndose afectados en su mayoría por aspectos tales como: la discapacidad y la incapacidad, lo que trae consigo la presencia de la figura del cuidador.

Una realidad inevitable para el país es que cada vez existen más ingresos en los Hogares de Ancianos de Adultos Mayores que han sido víctima de violencia intrafamiliar, o que no tienen familia y perdieron sus viviendas, por lo que se encuentran desamparados, y es la Administración Pública; la que se encarga de darles cobijo y brindarles todos los recursos necesarios a las instituciones donde se encuentran internados estos ancianos para que tengan una adecuada protección desde el punto de vista personal y patrimonial. Para que estos sujetos estén realmente protegidos también deben existir normas legales que los amparen. De ahí, que la presente investigación esté dirigida al estudio y fundamentación de una de las principales instituciones que dan protección a los Adultos Mayores incapacitados: la Tutela Asistencial, sobre la cual no figuran antecedentes investigativos en la sociedad cubana actual.

Cuando de este tipo de Tutela se trata es notable que en el ordenamiento jurídico cubano no existan normas suficientes que abarquen una regulación completa y detallada de dicha institución. Además, en dichos Hogares de Ancianos se encuentran internados ancianos que no pueden regir su conducta ni valerse por sí mismos al ser incapaces, por lo que requieren estar sujetos a un régimen de Tutela; sin embargo sobre la mayoría de ellos no existe una declaración de incapacidad por lo que no se les ha designado tutor y se encuentran en este sentido desprotegidos con respecto al resto de los ancianos.

La magnitud que ha alcanzado y puede alcanzar esta problemática en la sociedad cubana, demanda por parte del ordenamiento jurídico una correcta regulación de

esta figura y de los operadores de su aplicación, por este motivo se propone como **Problema científico**: ¿Qué deficiencias legales posee la Tutela Asistencial sobre el Adulto Mayor incapacitado reconocida en el ordenamiento familiar cubano, que influyen en su ejecución práctica?

Para dar una probable respuesta al mismo la **Hipótesis** es: No existe un tratamiento jurídico adecuado de la Tutela Asistencial de los Adultos Mayores incapacitados, lo que incide en la protección a estos sujetos en Cuba.

La investigación tiene como **Objetivo general**: Valorar la construcción teórica y aplicabilidad de la Tutela Asistencial al Adulto Mayor en el ordenamiento jurídico cubano.

Como **Objetivos Específicos** se plantearon:

1. Identificar las situaciones de incapacidad, discapacidad y dependencia en el Adulto Mayor, a partir de su delimitación conceptual y correlación con el régimen tuitivo.
2. Caracterizar desde las perspectivas teórica y legislativa la institución de la Tutela, a los fines de establecer la relación de esta con la Tutela Asistencial.
3. Delimitar los presupuestos teóricos de la Tutela Asistencial del Adulto Mayor y su tratamiento en el ordenamiento jurídico cubano y foráneo.
4. Valorar la aplicabilidad de la Tutela Asistencial y las deficiencias normativas e institucionales que inciden en la misma.

Los **Resultados** de la tesis son:

1. Estudio teórico conceptual de la Tutela Asistencial en el ordenamiento jurídico cubano.
2. Diagnóstico de aplicabilidad de la Tutela Asistencial en el municipio de Santa Clara.
3. Material de estudio sobre la Tutela Asistencial.

Para realizar la investigación se utilizaron diferentes **Métodos y técnicas** de la investigación.

Métodos del nivel teórico:

- El técnico jurídico, el que es necesario para lograr un adecuado basamento teórico-conceptual de los criterios seguidos por la doctrina sobre la incapacidad, discapacidad y dependencia en el Adulto Mayor;
- El exegético analítico, que permitió una mejor comprensión del sentido y alcance de las normas jurídicas reguladoras de las instituciones analizadas;
- El jurídico comparado, el que permitió mediante indicadores la regulación de la Tutela Asistencial en el ordenamiento comparado y su contrastación con el tratamiento en Cuba.

Métodos y técnicas del nivel empírico.

Se utilizaron técnicas tales como: la encuesta, la entrevista a expertos y la observación científica ajena, no participante y abierta, así como la estadística, mediante las cuales se hizo posible identificar la cantidad de ancianos incapacitados en los Hogares de Ancianos del municipio de Santa Clara. Para ello se aplicaron los siguientes instrumentos:

- Entrevista a Adultos Mayores internos en los Hogares de Ancianos del municipio de Santa Clara.
- Entrevista a los Directores de dichos Hogares de Ancianos.
- Entrevista exploratoria a las Trabajadoras Sociales de los Hogares de Ancianos.
- Encuesta a Jueces y Fiscales.
- Guía de observación en los Hogares de Ancianos.

Para lograr los objetivos propuestos la investigación se **estructura** en dos capítulos: el primero de ellos es relativo a la Dependencia, Incapacidad y Discapacidad en el Adulto Mayor. Perspectiva Jurídica, el cual responde a los dos primeros objetivos de la investigación, mientras que el segundo capítulo se denomina la Tutela Asistencial del Adulto Mayor. Tratamiento en el Ordenamiento jurídico cubano, el cual le da cumplimiento a los objetivos tercero y cuarto; tributando ambos capítulos tanto a los resultados obtenidos como a las conclusiones.

CAPÍTULO I: LA DEPENDENCIA, INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD EN EL ADULTO MAYOR. PERSPECTIVA JURÍDICA.

I.1. La incapacidad. Generalidades

Para hacer referencia a la incapacidad de las personas es necesario partir del concepto de capacidad, la que se entiende como esa aptitud que tienen las personas para ser titular de derechos y contraer obligaciones. Esta capacidad puede ser:

- *Capacidad jurídica o de derecho*: es el grado de aptitud que tienen las personas para ser titular de derechos y obligaciones.
- *Capacidad de obrar o de hecho*: es la aptitud que tiene la persona de actuar por sí misma en la vida civil, es decir, de ejercer y cumplir, en forma personal y directa, sus respectivos derechos y obligaciones.

Todas las personas, por el solo hecho de serlo, desde su nacimiento tienen plena aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones, es decir, gozan de plena capacidad jurídica o de derecho. Esta es una situación estática de la persona que se caracteriza por ser indivisible, irreductible y esencialmente igual para todos. Sin embargo, tener capacidad jurídica no implica que, desde su nacimiento, las personas puedan ejercer directamente esos derechos y obligaciones, ya que; para poder ejercerlos es necesario que la persona tenga, por un lado, capacidad para entender los actos que realiza y, por otro, capacidad para querer realizarlos. Es decir, sólo cuando se dan estas dos circunstancias, “conocimiento y voluntad,” elementos que no están presentes en todas las personas o que no se manifiestan de igual forma, es que se considera que la persona tiene capacidad para tomar decisiones por sí misma, y que su consentimiento es válido, por lo que estamos en presencia de la capacidad de obrar. Esta por su parte, al ser la aptitud para el ejercicio de los derechos y para concluir actos jurídicos, es una situación más dinámica y no la tienen todas las personas, ya que sobre ella existen circunstancias que pueden hacerla variar, como es el caso de la incapacidad propiamente dicha.

Incapacidad propiamente dicha: son las restricciones a la capacidad de obrar, fundadas en circunstancias subjetivas que obligan a la ley a retardar o suspender,

por cierto tiempo, la aptitud para realizar actos jurídicos, mientras remedia este defecto de capacidad con instituciones o medios supletorios, como la representación.²

La palabra incapacidad se utiliza para hacer referencia a la condición de inferioridad de capacidades o habilidades que una persona puede presentar en su vida, desde su nacimiento, a partir de un evento específico o en un momento particular que luego puede subsanarse. Ha sido definida como: *la carencia de aptitud para la realización de ejercicio de derechos o para adquirirlos por sí mismo*.³ También se ha definido como: la falta de capacidad para hacer, recibir o aprender una cosa, carencia de capacidad legal para disfrutar de un derecho o ejercer un cargo;⁴ o como la falta de capacidad total o restringida por razones de enfermedad o minoría de edad preceptuada en la Ley.⁵

Otros autores como CASTÁN TOBEÑAS la reconocen como: “restricciones de la capacidad de obrar, se fundan en circunstancias subjetivas de ciertas personas que obligan a la ley a retardar o suspender por cierto tiempo determinado o indefinido, la aptitud para realizar actos jurídicos, remediando entre tanto su defecto de capacidad con instituciones o medios supletorios y complementarios”⁶.

Para DIEZ PICAZO Y ANTONIO GULLÓN: “la incapacidad, es un estado civil de la persona física que se declara judicialmente cuando concurre en ella alguna de las causas establecidas por la ley,” es algo externo a la persona, es una declaración judicial resultado de un proceso o procedimiento seguido para alcanzarla.”⁷

² MARTÍNEZ DÍE, R. (2002), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, Volumen II, Familia. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho/libros/pdf> (Consultado el 20/2/2013).

³A. PATROCINIO, (2004), *Incapacidad, algunos aspectos doctrinales*, Disponible en: Word Wide Web: <http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Incapacidad&oldid=61361193>», (Consultado el 20/2/2013).

⁴ Diccionario de la lengua española © (2005) Espasa-Calpe. Disponible en Word Wide Web: <http://www.wordreference.com/definicion/incapacidad>, (Consultado el 20/2/2013).

⁵ FUENTES PÉREZ GISELA, (1989), *Separata de Derecho Civil. Parte General*, Editorial: Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., (1988), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Tercero, Editorial Reus, Madrid, pág. 507

⁷ DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTERO, A., (1984), *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 216

La carencia total de capacidad de obrar ha sido regulada por la legislación sustantiva civil cubana para aquellas personas que son menores de los 10 años de edad o que son mayores de edad que han sido declarados incapaces por el Tribunal.⁸ De lo que se infiere que nuestra legislación da por sentado que las personas que han alcanzado la mayoría de edad (18 años o menores de edad que contraen matrimonio con el consentimiento de sus padres o tutor), cumplen esas condiciones y tienen, por lo tanto, “capacidad de obrar”, y sólo el Juez mediante resolución judicial puede determinar que no la tiene.

También la ausencia total de capacidad provoca la nulidad absoluta de los actos realizados por el incapacitado, mientras que los realizados por un incapaz podrán ser declarados nulos por ausencia de consentimiento, pero demostrando que al realizar cada acto en concreto esta persona se encontraba de hecho incapacitada para regirse a sí misma y a sus bienes.⁹ Se debe realizar una distinción entre incapacitado e incapaz, entendiéndose por incapacitado: aquella persona que ha sido declarada mediante resolución judicial por el tribunal correspondiente (Tribunal Municipal Popular). Mientras que incapaz se considera a: aquellas personas que carecen de capacidad y sobre las cuales no ha existido pronunciamiento judicial alguno.

De todo esto se colige que la incapacitación: *es el mecanismo jurídico previsto para aquellos casos en que enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico impiden a una persona gobernarse por sí misma, teniendo como objetivo la protección de los intereses y derechos del incapacitado, tanto a nivel personal como patrimonial.*¹⁰

También ha sido considerada como: el acto judicial que modifica el estado civil de una persona, sometiéndola a especial Tutela.¹¹

⁸ Cfr.: Ley No.59, **Código Civil Cubano, artículo 31**: Carecen de capacidad para realizar actos jurídicos: **a.** los menores de 10 años de edad y **b.** los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes.

⁹ DÍAZ VALDÉS CARIDAD DEL CARMEN (coordinadora), (2006), **Derecho Civil Parte General**, Editorial Félix Varela, La Habana, pág. 118

¹⁰ CLEMENTE DÍAZ TIRSO, (1983), **Derecho Civil. Parte General**, Tomo II, Primera parte, Editorial Universitaria, EMPES, La Habana, pág. 225

¹¹ FUENTES PÉREZ GISELA, (1989), op. cit. pág. 100.

La incapacidad no sólo tiene un valor simplemente declarativo, sino que su trascendencia es mayor al convertirse tal declaración en constitutiva. De ahí, que se plantee que mientras una persona no esté incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz. En cambio, una vez incapacitado todos los actos en que intervenga serán nulos sin necesidad de prueba alguna.

Las principales causas de incapacidad son la minoría de edad y la enfermedad; en el caso de incapacidad por minoría de edad, esta se suple por la acción de los padres que tienen la Patria Potestad sobre sus menores hijos, y en el que los Mayores de Edad incapacitados por enfermedad mental o física capaz de afectar su razonamiento y eficacia al actuar, es preciso establecer un expediente de incapacidad regulado en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, conforme al cual se declara, que una persona por ciertas causas está incapacitado para ejercer por sí mismo los derechos y acciones de que es titular.

I.1.1 Proceso de incapacitación

El proceso de incapacitación es un procedimiento especial que debe realizarse ante el Tribunal Municipal Popular mediante un proceso de jurisdicción voluntaria, entendido este como: aquel proceso en el que se resuelve un conflicto actual y en el que no hay litis. Corresponde a la jurisdicción voluntaria los procedimientos que tengan por objeto hacer constar hechos o realizar actos que, sin estar empeñada ni promoverse cuestión entre partes, hayan producido o deban producir efectos jurídicos, y de los cuales no se derive perjuicio a persona determinada. Para ello se debe formular una solicitud; en la que debe estar contenida el nombre, estado civil, domicilio o residencia actual del presunto incapaz. Además, debe contener en ella el tipo de enfermedad que sufre y los bienes que posee, con el fin de darle una adecuada protección judicial.

Este proceso puede ser promovido por el cónyuge del presunto incapaz, los parientes con derecho a su sucesión abintestato o las personas a quienes corresponda deferírsele su Tutela y el fiscal en ausencia de los anteriores. La declaración de incapacidad en este caso está prevista para personas como los

enajenados mentales o los sordomudos y se puede revocar en el caso de que la misma recupere las aptitudes perdidas, teniendo la posibilidad de expresar su voluntad de modo inequívoco y resultando poseedor de inteligencia y voluntad. La actividad judicial realizada por el correspondiente Tribunal va a estar auxiliada por peritos en psiquiatría, quienes le deben informar al Tribunal cual es el padecimiento que tiene la persona que se somete a examen y en qué forma se manifiesta el mismo, así como si a su entender esto es lo que provoca la ausencia de voluntad-inteligencia. Por lo que resulta de indudable valor la labor médica, y entra entonces en juego el facultativo mediante su dictamen, dirigido a asesorar al Juez.

La definición legal de las causas de incapacitación debe precisar tres aspectos fundamentales:¹²

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

Lo importante no es tanto la existencia de determinada patología como entidad diagnóstica, sino las repercusiones concretas que tiene sobre la persona, lo que obligará a examinar la situación particular de cada paciente y todas sus circunstancias personales, socio-familiares y del entorno, así como la duración probable o previsible de la patología y su incidencia en el futuro. Durante este procedimiento especial de incapacidad, la ley da a los sujetos la posibilidad de valerse de diferentes medios de prueba, dentro de los cuales se encuentra: el reconocimiento judicial, lo que puede ordenar el Tribunal una vez recibida la solicitud. También puede realizar la pericial, precisando las siguientes diligencias:

1. Examen del presunto incapaz por dos médicos distintos del de asistencia, cuyo certificado debe acompañarse a la solicitud de declaración de incapacidad presentada al Tribunal.

2. Exploración judicial personal del presunto incapaz.

¹² SIBÓN OLANO, A. (2004): *Los Procesos de incapacitación en la Legislación Española*, CD ROM: Biblioteca del Poder Judicial de España.

3. Audiencia de parientes más próximos que no hayan formulado la solicitud.

De las pruebas enunciadas, el juez dispondrá de oficio aquellas que considere importantes para la toma de decisión final, tratando de corroborar la capacidad natural del presunto incapaz y sus habilidades relativas a su cuidado, adaptación a la comunidad, comunicación, vida en el hogar, habilidades sociales, utilización de la comunidad, habilidades académicas, tiempo libre, trabajo, administración o disposición de su patrimonio, entre otras. Asimismo de la práctica de la audiencia de parientes, conocerá sobre la disponibilidad o no de familiares y su idoneidad para ejercer el cargo de tutor. La incapacitación no limita la capacidad de la persona para ser titular de derechos, es decir, la capacidad jurídica, sino que limita la capacidad para el ejercicio de los mismos directamente, con el fin de protegerlos y de evitar que puedan tomar, por sí misma o por influencia de otras personas decisiones que le perjudiquen, al haber perdido la capacidad de entender el contenido y las consecuencias de sus actos.

El referido proceso se caracteriza por una doble presencia de los principios de interés de parte y de motivación pública pues pueden iniciarse tanto por familiares y allegados del presunto incapaz como a través de la figura del fiscal. Además, una vez iniciado, las pruebas y diligencias pueden practicarse de oficio. También se mantienen vigentes los principios de escritura, el que se puede ver en la solicitud y los documentos que la acompañan que servirán como prueba documental, y el principio de oralidad, el que está visible en la práctica de las pruebas; así como el principio de concentración, el que condiciona la agilidad en la tramitación y solución del proceso.

Durante este proceso el juez exige que quede demostrada la incapacidad de la persona para gobernarse por sí misma antes de tomar una decisión al respecto. Y solo de quedar demostrada es que el mismo valora la extensión de la incapacitación, así como indica sus límites en función del grado de capacidad, determinando si la persona esta incapacitada para todos los actos o solo para algunos de ellos. Si la incapacitación es plena, es decir, la privación o protección de la capacidad es total, pues afecta de forma absoluta y completa a la esfera personal y patrimonial del incapacitado; la extensión de la incapacitación es para todos los órdenes de su vida

debiendo quedar bajo el régimen de guarda de la Tutela, como única forma de guarda posible, establecida en el Código de Familia Cubano vigente.

También debe dejar establecido el tipo de protección que debe recibir el incapacitado de acuerdo con sus necesidades, lo que realiza mediante el auto de incapacitación, el cual debe adecuarse a las especiales condiciones, insuficiencias y necesidades de apoyo del individuo. En tal sentido, el auto determinará la persona o institución que va a ejercer la guarda del incapaz, nombrando tutor al interesado, prorrogando o rehabilitando la Patria Potestad de sus progenitores, o determinando otra forma de guarda establecida legalmente.

El Auto de incapacitación implica un control por parte del Juez y del Fiscal que sirve, por un lado, para garantizar la defensa de los derechos de la persona incapacitada, pero también para acreditar o dar fe, ante otras personas, de que quien ha sido nombrado Tutor para protegerle ejerce su cometido correctamente, en interés de la persona representada, y no en su propio interés.¹³

De la regulación de los artículos 586 al 588 de nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico se corrobora la no previsión expresa de revisión del expediente de incapacidad ante la variación del estado mental o físico del incapacitado, lo que podría ocasionar dudas sobre una firmeza definitiva. La resolución judicial de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida, por lo cual toda resolución dictada deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si debe o no modificarse la extensión y los límites de ésta.

Por lo anterior, se puede considerar que los pronunciamientos en cuanto a incapacidades totales no tienen fuerza de cosa juzgada material, por la posibilidad de un cambio de las circunstancias que produjeron la decisión judicial inicial, esta puede

¹³ Cfr.: **Ley No 7 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico**. Ministerio de Justicia. La Habana, 1999, artículos: 578, 586, 587 y 588.

modificarse totalmente en otro proceso posterior, aun cuando no se prevé expresamente la revisión del expediente de incapacidad ante la variación del estado mental o físico del incapacitado.

No establece la ley expresamente dentro de la regulación abordada que puedan ser solicitadas medidas cautelares, a instancia de parte, por los familiares, el Ministerio Fiscal o el propio Tribunal una vez que se ha conocido la solicitud. La práctica del procedimiento niega un tanto su procedencia, pudiendo darse el caso de necesidad de garantizar la protección personal y patrimonial del presunto incapaz hasta que exista una persona de guarda, o bien se desestime la solicitud, atendiendo a la capacidad natural de los sujetos de modo que la declaración judicial sea lo más fiel posible a su comportamiento verdadero. Son numerosos los actos personales y patrimoniales que pueden adoptarse en medidas cautelares, tales como internamientos, intervenciones médicas, tratamientos ambulatorios, bloqueos de cuentas, anotaciones preventivas en los registros, entre otros, que redundarían en beneficios al incapaz. De lo anterior, se evidencia que es imperioso revisar lo dispuesto legalmente sobre el tema en el orden procesal, que está destinado inexorablemente a urgentes ajustes legales en tema de declaración judicial de incapacidad.¹⁴

I.1.2 Tipos de incapacidad

Para poder realizar un análisis de los distintos tipos de incapacidades se debe partir de la diferenciación de la incapacidad de hecho y la incapacidad de derecho.¹⁵

La incapacidad de hecho es cuando la ley priva a las personas físicas de la facultad de obrar por sí misma, declarándolas incapaces, fundada en la falta o insuficiencia de su desarrollo mental, como es el caso de los menores de edad y los dementes; así como la imposibilidad de poder manifestar su voluntad, donde se ve el caso de los sordomudos, los que no pueden darse a entender por ningún método, pues se considera que el elemento volitivo (voluntad) es básico en la formación de todo acto

¹⁴ TOLEDO CONCEPCIÓN LILIANA DE LA CARIDAD, (2009), **La protección patrimonial de los incapaces en la legislación civil y familiar cubana**. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho/libros/pdf> (Consultado el 20/2/2013).

¹⁵ ALBALADEJO MANUEL, (1997), **Curso de Derecho Civil Español, Común y Foral**, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona.

jurídico. Por lo que se puede afirmar que la incapacidad de hecho impide a determinadas personas ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones. Mientras que la Incapacidad de derecho es cuando la ley prohíbe a determinadas personas realizar ciertos actos en razón de incompatibilidad de orden moral o jurídico.

Si bien hay diferentes tipos de incapacidades, podemos señalar dos principales que son las más fáciles de observar o distinguir: las incapacidades físicas y las mentales. En algunos casos también se puede hablar de incapacidad emocional, pero tal diagnóstico requiere un mayor conocimiento del carácter de la persona.

- ✓ **Incapacidad física:** es la pérdida parcial o total de la capacidad innata de un individuo, ya sea por causas relacionadas con enfermedades congénitas o adquiridas, o por lesiones que determinan una merma en las capacidades de la persona, especialmente en lo referente a la anatomía y la función de un órgano, miembro o sentido.

En el ordenamiento jurídico cubano se considera que la única enfermedad física que conlleva a la declaración judicial de incapacitación absoluta de obrar es la sordomudez. Esta consiste en la ausencia total del sentido del oído y de la posibilidad de hablar, uniéndose a esto la imposibilidad de leer y escribir. La persona que se encuentra en esta situación no puede manifestar su voluntad de modo consciente e inteligente, y de ello proviene la consideración que el Derecho le otorga a la persona enferma para su protección y la de sus intereses.¹⁶

- ✓ **Incapacidad jurídica:** es la carencia de la aptitud para la realización del ejercicio de derechos o para adquirirlos por sí mismo.
- ✓ **Incapacidad mental:** es cuando se encuentra alterado el razonamiento, el comportamiento y la facultad de reconocer la realidad o de adaptarse a las condiciones de la vida. Es definida como: aquella que supone un funcionamiento mental por debajo de la media y que se caracteriza por proporcionar limitaciones en áreas como el aprendizaje, la comunicación, la vida en el hogar y las

¹⁶ DÍAZ VALDÉS C. DEL CARMEN (coordinadora), (2006), *Derecho Civil Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, pág. 117.

habilidades sociales. También se denomina retraso mental y se debe manifestar en la persona antes de los 18 años de edad.

Dentro de las causas que lo generan se pueden mencionar los factores genéticos, como es el caso del Síndrome de Down, problemas perinatales, alteraciones en el desarrollo embrionario y accidentes de tránsito. Esta incapacidad se manifiesta mediante un retraso mental leve, moderado, severo o profundo.¹⁷

El retraso leve o ligero: en este la persona es susceptible de formación laboral en educación especial y es capaz de integrarse social y laboralmente. Mientras que en el moderado posee potencialidades de escolaridad hasta sexto grado en educación especial, y al igual que en el severo es susceptible de tener una formación laboral y capaz de integrarse social y laboralmente con ayuda. Por su parte la profunda posee potencialidades de comunicación verbal o extra-verbal elementales, es dependiente en actividades de la vida diaria y sus posibilidades de desarrollo están directamente relacionadas con las oportunidades que les ofrecen tanto en la familia como en la comunidad.

La legislación cubana a diferencia de otras legislaciones que diferenciaban entre locura, demencia e imbecilidad; solo se refiere a la enajenación mental, y en ella engloba todas aquellas enfermedades que se caracterizan por producir trastornos o perturbaciones de la psiquis del individuo que le impiden manifestar su voluntad de modo consciente, racional e inteligente. Para ello también prevé la posibilidad de declarar judicialmente la incapacidad de obrar, protegiendo de esta forma tanto su persona, como sus bienes.

I.2. La Discapacidad. Tipos de discapacidad. Diferencias con la Incapacidad

El vocablo discapacidad fue ofrecido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) al traducir al español la palabra inglesa "*disability*"¹⁸; pero para nuestro idioma el uso de la preposición DIS indica negación, pudiéndose interpretar que discapacidad

¹⁷ COLECTIVO DE AUTORES, (2003), *Definiciones de discapacidad y criterios de inclusión y exclusión en el estudio. Estudio clínico genético de las personas con retraso mental*. Editorial Abril. La Habana, págs. 87-89.

¹⁸ Para conocer más sobre el papel que juega el término disability en la discapacidad de las personas consultar: PRINCE M., (2000), *Methodological issues for population based research into dementia in developing countries. A position paper from the 10/66 Dementia Research Group*. International Journal of Geriatric Psychiatry (15) págs. 21-30.

significa lo opuesto a capacidad. Del análisis semántico de la palabra varios autores coinciden en que esta resulta ajena al castellano. Los más recientes estudios recomiendan utilizar la expresión de personas con necesidades especiales al referirse a lo que mundialmente se conoce como personas con discapacidad.

Durante muchos años la palabra discapacidad ha sido objeto de disímiles definiciones y modelos explicativos que han tenido una notable influencia en el desarrollo y establecimiento de políticas sanitarias y sociales para todo el país. Dentro de esas definiciones se encuentra la ofrecida por la Organización Mundial de la Salud, quien plantea que la discapacidad es cualquier restricción o impedimento de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano.¹⁹

Para esta organización la discapacidad puede surgir como consecuencia directa de la deficiencia o como una respuesta del propio individuo, sobre todo la psicológica, a deficiencias físicas, sensoriales o de otro tipo. Por ello se plantea que la discapacidad representa la objetivación de una deficiencia y, en cuanto tal, refleja alteraciones a nivel de la persona. También se han referido a la misma como un fenómeno universal, en el que toda la población está en riesgo de adquirir algún tipo de discapacidad en cualquier momento de la vida, pues se visualiza a la discapacidad como: "las consecuencias de las deficiencias desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo",²⁰ es decir, engloba las deficiencias, limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación social.

El término "persona con discapacidad" según la American Disability Act (ADA) se aplica a cualquier persona que tenga una deficiencia física o mental que limite sustancialmente una o más de las actividades de la persona que sufre. Razón por la

¹⁹ Nueva clasificación de discapacidades de la OMS, denominada **Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud** (CIF), adoptada durante la 54ª Asamblea Mundial de la Salud (Ginebra 14-22 mayo del 2001) con el objetivo de brindar mundialmente un lenguaje unificado y estandarizado del concepto de discapacidad. Disponible en Word Web Wide: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas-libroblancodependencia-01.pdf>.

(Consultado el 20/2/2013)

²⁰ Ídem.

cual se debe hacer referencia a los términos de: minusvalía y deficiencia, al estar los mismos en relación con la discapacidad.²¹

Deficiencia: es toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Se caracteriza por pérdidas o anomalías que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluye la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo, incluidos los sistemas propios de la función mental. La deficiencia representa la exteriorización de un estado patológico; y, en principio, refleja perturbaciones a nivel de órgano. Como ejemplos de deficiencia podemos citar la hemiplejía que es cuando hay una deficiencia: músculo-esquelética, o la afasia que es la deficiencia del lenguaje. Se debe tener en cuenta que el padecimiento de una deficiencia o discapacidad no implica necesariamente una afectación de la capacidad civil.

Minusvalía: es una situación desventajosa para un individuo determinado, a consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso, lo que está en función de la edad, el sexo y factores sociales y culturales.

La minusvalía está relacionada con el valor atribuido a la situación o experiencia de un individuo cuando se aparta de la norma. Se caracteriza por la discordancia entre el rendimiento y el status del individuo y las expectativas del individuo mismo o del grupo concreto al que pertenece. Esta representa la socialización de una deficiencia o discapacidad, y por ello refleja consecuencias culturales, sociales, económicas y ambientales que para el individuo se derivan de la presencia de la deficiencia y la discapacidad. Por tanto, la minusvalía entraña una condición desfavorable dentro de la sociedad para aquella persona que padece de una deficiencia o discapacidad, teniendo que enfrentar barreras culturales, físicas y sociales, que limitan sus posibilidades de participación en la vida de la comunidad en igualdad con los demás. Dentro de las minusvalías se sitúan las de orientación, de independencia física,

²¹ **Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad**, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 3 de diciembre de 1982 en su resolución 37/52 (inciso c – definiciones 6-7-8).

ocupacional, de integración, entre otras. En resumen, tanto la enfermedad como la deficiencia se refieren a aspectos médicos, mientras que la discapacidad se refiere a aspectos rehabilitadores y la minusvalía es un aspecto social. Ejemplo: la enfermedad es el virus de la polio, la deficiencia es la falta de movilidad en las piernas, la discapacidad es que no puede caminar y la minusvalía es la limitación de la facultad para mantener las relaciones sociales.

I.2.1. Tipos de Discapacidad

Existen diversos tipos de discapacidad entre los cuales se encuentran: la discapacidad físico-motora y la sensorial, las cuales se manifiestan de diferentes maneras y grados.²²

- ❖ **Físico-Motora:** se define como una desventaja, resultante de una imposibilidad que limita o impide el desempeño motor de la persona afectada.

Las causas de la discapacidad física muchas veces están relacionadas a problemas durante la gestación, a la condición de prematuro del bebé o a dificultades en el momento del nacimiento. También pueden ser causadas por lesión medular como consecuencia de accidentes, por ejemplo en accidentes de tráfico, o por problemas del organismo como es el derrame. Las partes afectadas son los brazos y las piernas. Se puede afirmar que las personas que sufren una discapacidad físico-motora presentan una pérdida total o parcial, permanente o temporal de alguna de las funciones motoras y/o de su integridad física, pero independientemente del grado de afectación que posean no se lesiona la capacidad de comunicación ni los procesos intelectuales o cognitivos del individuo.

- ❖ **Sensorial:** es aquella que se manifiesta en los sentidos. Se ve en las personas con deficiencias visuales, con sordera y en quienes presentan problemas en la comunicación y el lenguaje.

La discapacidad visual no supone por sí misma la disminución de los procesos intelectuales o cognitivos de quienes la presentan, ya que estos mediante el sistema Braille pueden aprender a leer y a escribir, además poseen un alto desarrollo de la

²² CANTORE HUGO (2000), **Causas y consecuencias de la discapacidad**, Disponible en Word Wide Web: <http://www.slideshare.net/julius8a/tipos-de-discapacidad-3558629>, (Consultado el 20/2/2013).

memoria, no presentan dificultades para comunicarse con los demás y las limitaciones relacionadas con la motricidad no constituyen una alteración. Por su parte, las personas con discapacidad auditiva tienen afectada las habilidades de asociar e interpretar información sonora, tanto del medio ambiente como del habla, así como de recibir y discriminar. Esta deficiencia se puede presentar de dos maneras: la primera es mediante la hipoacusia, cuando la persona tiene pérdida auditiva con algunas dificultades de articulación, léxico y estructuración; pero pueden recibir, con ayuda de una prótesis o sin ella, el lenguaje oral por vía auditiva y comunicarse con los demás. La segunda es cuando la persona es diagnosticada como sorda y el grado de pérdida de la audición no les permite adquirir el lenguaje oral por vía auditiva, sólo visualmente y utilizan el lenguaje de señas para comunicarse.

El mayor inconveniente para los sordos es el acceso al mundo circundante; sin embargo, su capacidad intelectual, las percepciones y la organización en la memoria de los conceptos abstractos son similares a las de cualquier persona oyente. La deficiencia auditiva puede ser adquirida cuando existe una predisposición genética, como es el caso de la otosclerosis, cuando ocurre meningitis, ingestión de medicinas o tóxica, que ocasionan daños a los nervios relacionados con la audición, así como por la exposición a sonidos impactantes o virosis. También está el caso de las personas sordo ciegas quienes requieren de mayor ayuda para desarrollar actividades de la vida diaria y para enfrentarse a las actividades educativas, laborales o comunitarias, pues en ellas coexisten la deficiencia visual y la auditiva que influyen en la comunicación y la movilidad. Mientras que las personas con problemas en la comunicación y el lenguaje son aquellas que presentan limitaciones y problemas para hablar o transmitir un significado entendible.

I.2.2 Diferencias entre la Incapacidad y la Discapacidad

Hoy día existen dificultades a la hora de usar correctamente los términos de discapacidad e incapacidad cuando nos referimos a una persona que carece de la aptitud necesaria para adquirir derechos o ejercer los mismos, y que a su vez presenta un impedimento o se ve restringido para realizar una actividad dentro del

margen de lo que se considera normal para el ser humano. Por ello se debe hacer una distinción entre la incapacidad y la discapacidad.

La discapacidad se basa en la limitada capacidad de un individuo para realizar una actividad dentro del margen que se considera normal para un ser humano, pero ello no implica que esté imposibilitado de realizar otro tipo de actividades que no se vea afectado por discapacidad. Es decir, una persona puede tener una discapacidad física, como es el caso de la persona que pierde sus piernas en un accidente automovilístico, pero no está imposibilitado de realizar por ello actos jurídicos, como es la concertación de un contrato de compra-venta de un determinado bien con otra persona; ya que su capacidad jurídica no se ve afectada por dicha discapacidad. Mientras que la incapacidad es una condición que afecta la capacidad de obrar de las personas, por lo que estas sí se ven imposibilitadas de realizar actos jurídicos al no poder expresar su voluntad de forma clara e inequívoca.

Además, la discapacidad genera inseguridad personal, económica y laboral, implica muchas veces falta de acceso a los servicios básicos, maltrato y abuso, problemas escolares, discriminación, marginación y crisis de identidad personal y cultural en la sociedad en su conjunto. Pese a lo cual la persona discapacitada puede ejercitar todos los derechos que le son inherentes como miembro de una colectividad, porque a pesar de su deficiencia, su madurez intelectual y desarrollo físico se lo permiten. Es por tanto un concepto más general y abarcador de múltiples situaciones donde para nada pone coto a la capacidad de obrar del discapacitado. Mientras que la incapacidad es una situación de hecho, provocada por el padecimiento de una enfermedad o deficiencia física o psíquica, de carácter permanente, que priva a algunas personas de su capacidad de obrar.

Para proteger a estos individuos que no poseen una voluntad consciente y libre, ni suficiente discernimiento para adoptar las decisiones adecuadas en la esfera personal, y/o en la de administración de sus bienes, la ley prevé la declaración de incapacidad. Al tratarse de un asunto tan grave y con consecuencias tan trascendentes, el ordenamiento jurídico impone que la incapacitación sólo puede declararse mediante resolución judicial, tras haberse tramitado el oportuno

procedimiento. Por su parte, la discapacidad no requiere de un procedimiento especial; ni precisa de una declaración por parte del Tribunal.

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

Si bien difieren la incapacidad y la discapacidad, puede darse el caso de una persona que presente ambas. Es decir, existen personas sobre las cuales hay una declaración de incapacidad y a su vez esta persona presentar una discapacidad, ya sea físico-motora, mental o psíquica. Las personas que tienen capacidad restringida o sean incapaces pueden presentar una serie de discapacidades que los limita para desempeñar un cúmulo de actividades que se espera desarrollen en su vida cotidiana, lo cual no indica que necesariamente todos los discapacitados tengan irremediablemente que padecer alguna limitación de su capacidad total o parcial. De esta forma, una persona puede ser discapacitada pero no incapacitada para trabajar, e incapacitada para trabajar sin ser discapacitada.

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

I.3. Incapacidad en el Adulto Mayor

El desarrollo de una persona no termina con la edad juvenil, sino que el ser humano sigue evolucionando también en la edad adulta, la cual es una nueva etapa del

desarrollo donde está actuando y aprendiendo en diferentes esferas de la vida. Es necesario profundizar en cómo se manifiesta la incapacidad en esta etapa por la que transita el ser humano. Para ello debemos dominar una serie de términos que nos ayudan a entender la importancia del estudio de la incapacidad en el Adulto Mayor. Dentro de estos se encuentran la definición de ancianos, vejez, envejecimiento y personas mayores.

Debemos partir de la definición de **ancianos**, que se conoce como " toda persona de avanzada edad, que transita por el último período de la vida."²³

Por su parte la **vejez** es entendida como ese período de la vida en que se presentan síntomas de involución en el aspecto somático y psíquico. Es muy arriesgado establecer un tope cronológico para la vejez, pero, en términos generales, podemos decir que es un proceso vinculado en cierto modo a las condiciones previas del organismo. Por ejemplo, en sectores geográficos en que reina la depauperación, el envejecimiento se produce con una gran rapidez.²⁴

Una de las características demográficas más significativas de las sociedades actuales es el progresivo envejecimiento de la población. Las causas de este fenómeno residen en el aumento de la esperanza de vida y en el significativo descenso de la natalidad, como resultado de este proceso de envejecimiento cada día son más las personas que sobrepasan los 65 años en relación con la población total. Por ello el **envejecimiento** ha sido definido como: un deterioro funcional progresivo y generalizado que ocasiona una pérdida de la respuesta de adaptación a la agresión y un aumento del riesgo de enfermedades asociadas a la edad. En otras palabras, la razón principal de que los ancianos enfermen con más frecuencia que los jóvenes es que al ser más prolongada su vida, han estado más expuestos a

²³ Glosario, Anejo, (2002). **Las personas mayores en España. Datos Estadísticos estatales. Vol. I. Observaciones de personas mayores**, Madrid. Disponible en Word Wide Web: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/estadisticas/informemayores/2002/pdf>. (Consultado el 11/3/2013)

²⁴ PORTAL MAYORES. (2007). "**Glosario especializado en Geriatría y Gerontología**". Disponible en Word Wide Web: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentacion/glosario/2007/glosario.pdf> Consultado (11\3\2013).

factores externos, conductuales y medioambientales que provocan enfermedades durante un período más largo que el de sus homólogos más jóvenes.²⁵

Este término también ha sido definido por otro grupo de autores tales como:²⁶

BIRREN Y REUNER: "El envejecimiento se refiere a los cambios regulares que ocurren en organismos maduros, que viven bajo condiciones ambientales representativas a medida que avanza la edad cronológica".

OSVALDO PRIET define este proceso como las modificaciones morfológicas, fisiológicas, bioquímicas y psicológicas que aparecen como consecuencia de la acción del tiempo sobre los seres vivos.

A. ESPINOSA señala que el envejecimiento es un proceso dinámico y continuo de la materia en función del tiempo en el cual determinadas manifestaciones externas producen cambios internos, y agrega que es un fenómeno universal y natural no solo del hombre, sino de todos los seres vivos, proceso que es por demás irreversible.

El criterio más aceptado es el establecido por J. ROMERO, al considerar que el estudio del proceso de envejecimiento debe enfrentarse teniendo en varios factores, dentro de los cuales se encuentran: el Cronológico, entendiendo por este el tiempo transcurrido desde el nacimiento; el Biológico, el que atañe a órganos y funciones pues sucede a nivel molecular, celular y orgánico. También está el Psíquico, el que involucra tanto la esfera cognitiva como la psico-afectiva y tiene mucha relación con la capacidad de adaptación a las pérdidas, sobre todo a la jubilación y al duelo. Otro es el Social, el que es de gran importancia ya que garantiza la libertad y el prestigio individual. También está el factor fenomenológico y el funcional, el primero de ellos referido al sentimiento de haber cambiado en edad a la vez que se permanece en lo esencial y el segundo es el resultado de elementos biológicos, psicológicos y sociales.²⁷

²⁵ DEVESA COLINA E. (1993) *El envejecimiento como problema*. Revista Cubana de Salud Pública 19(2), pág. 100.

²⁶ Estos autores fueron citados por OROSA, T. (2000) en: "*La Tercera Edad y la Familia. Una mirada desde el Adulto Mayor*", Editorial Félix Varela, La Habana. Pág. 45.

²⁷ COLECTIVO DE AUTORES. (1995). *Las Personas Mayores en España. Perfiles: Reciprocidad familiar*. Editorial INSERSO. España. págs. 100-130.

Personas Mayores: se considera población de edad o mayor a aquellas personas que tienen 65 o más años. Se debe tener en cuenta que el umbral para establecer la edad es arbitrario, pero generalmente aceptado.

En la Asamblea Mundial de Envejecimiento, celebrada en Viena (1982) la Organización de Naciones Unidas (ONU) tomó la edad de 60 años como límite inferior de la vejez. Siendo este criterio el acogido por nuestro país; por lo que es a partir de los 60 años que se puede hablar de Personas Mayores. Los diversos criterios prevalecientes para catalogar a un sujeto como anciano o mayor se basan fundamentalmente en parámetros cronológicos. En 1963 la Organización Mundial de la Salud (OMS), dividió las etapas de la vida del siguiente modo:²⁸

- ❖ De 0 a 44 años---- infancia y juventud.
- ❖ De 45 a 59 años---- edad media o madura.
- ❖ De 60 a 74 años---- ancianidad temprana.
- ❖ De 75 a 89 años---- ancianidad propiamente dicha.
- ❖ De 90 años en adelante----longevidad.

Estos criterios fueron cambiando con el paso del tiempo. De esta forma la Organización Mundial de la Salud (OMS) actualmente las divide en tres categorías:

- ✓ Los viejos jóvenes: de 60 a 75 años.
- ✓ Los viejos: de 75 a 90 años.
- ✓ Los muy viejos: más de 90 años.

Abordar la problemática del envejecimiento como proceso demanda conocer el rol del anciano dentro de la estructura y la dinámica familiar, la naturaleza de las relaciones con los hijos y las formas de la solidaridad intergeneracional como un elemento fundamental para el análisis de la calidad de vida en la vejez. La familia como red social de apoyo se acrecienta con el envejecimiento, en una etapa en que tienden a retraerse otras relaciones sociales. De allí la necesidad de encarar la problemática de la vejez desde el espacio familiar, pues la familia continúa siendo el mejor recurso de apoyo, a pesar de la imagen de que la atención a los padres se ha degradado en las últimas décadas. De la misma manera que el envejecimiento

²⁸ DEVESA COLINA E. (1992) *Geriatría y Gerontología. El anciano cubano*. Editorial Científico-Técnica, La Habana. págs. 98-99

transforma sustancial y progresivamente la situación de salud individual, también influye sobre la estructura y la dinámica de la familia como célula básica de la sociedad.

Al ser definida la incapacidad como “una limitación sobrevenida de la capacidad de obrar de la persona, que comporta además, la puesta en funcionamiento de la institución de guarda; además supone una restricción al libre desarrollo de la personalidad y al ejercicio de los derechos, que afecta, en especial a los principios de igualdad y al de libertad;”²⁹ son los Adultos Mayores los que se encuentran en un mayor grado de vulnerabilidad al presentarse en ellos la incapacidad con mayor frecuencia.

Dentro de las causas que provocan la **vulnerabilidad** en los ancianos se encuentran: la dependencia hacia otras personas para realizar las actividades de la vida diaria, la existencia de una alteración de las funciones cognitivas, y la reducción de sus capacidades intelectuales. Además, pueden presentar depresión y una baja autoestima, por lo que el rol de los ancianos está dotado de indefensión. De ahí la necesidad de que se les dé un cuidado integral y que se les proteja mediante determinadas instituciones capaces de suplir esas necesidades. También existen otros factores que colocan al anciano en la necesidad de una especial protección, como son: la soledad, la que se presenta como falta de integración social, la viudez, que es la pérdida de uno de los cónyuges, la falta de los seres queridos, lo que puede traer problemas emocionales al anciano.

La jubilación, por su parte, puede provocar alteraciones emocionales o la pérdida del papel social individual que está ligado al trabajo o la ocupación, por lo que el anciano tiene que realizar cambios, ajustes necesarios para un nuevo plan de vida que llene su horario y lo ayude a sentirse útil. Otro es la separación de los hijos, la que constituye una experiencia dolorosa para los ancianos, así como los cambios de salud y la muerte. Con respecto a los cambios de salud son las personas de avanzada edad las que tienen una mayor tendencia a padecer de enfermedades crónicas, que pueden afectar su funcionamiento, movilidad, participación en

²⁹ GETE ALONSO, M. DEL CARMEN, (1997,) **Manual de Derecho Civil**, Tomo I, Editorial: dirigido por Luis PUIG I FERRIO Y MARCIAL PONS, Madrid, págs. 155 y ss.

actividades y la comunicación con el mundo que los rodea. Mientras que la muerte siempre ha sido causa de preocupación para todos los ancianos, debido a que es algo desconocido y no experimentado, por lo que ocasiona miedo.³⁰

Además la incapacidad general como condición que afecta la capacidad de obrar de las personas y le confiere una situación especial de sujeción a ciertos mecanismos de guarda, y precisa para su configuración no solo de la causal que anule o impida al sujeto el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico sino que se precisa también, que a esta se adicione determinado tiempo o persistencia de la fuente que provoca tal condición. Estamos frente a una figura que modifica la posición de la persona en la sociedad y que prácticamente anula la posibilidad de actuación *per se*. Se caracteriza como una excepción al principio general de plena capacidad.

I.4 La Dependencia en el Adulto Mayor

Es relevante para la investigación hacer referencia a determinadas situaciones por las que transitan los Adultos Mayores colocándolos en estado de dependencia al necesitar de una persona que los asista y satisfaga sus necesidades diarias; como es el cuidador. La pérdida de la función en los ancianos es la principal manifestación de la enfermedad y se expresa a través de la pérdida de autonomía y la aparición de la dependencia. Cada tipo de enfermedad origina un tipo específico de pérdida funcional, por lo que afecta un grupo concreto de actividades que pueden ir desde las más complejas hasta aquellas relacionadas con el auto-cuidado como lavarse, comer y realizar pequeños desplazamientos en el hogar.³¹

Se puede definir al estado de dependencia como: aquel consistente en la necesidad de asistencia o ayuda técnica o personal para realizar actividades de la vida diaria debido a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial por razones

³⁰ FUENTES G. ÁNGEL, (1990), *Trastornos de Depresión y Ansiedad*, México págs. 54-57. Citado por GLORIA OSORIO CRUZ en la Tesis para obtener el título de Trabajador social, "Abandono del Adulto Mayor en la casa de la Tercera edad dependiente del sistema", presentada en el Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades, Área académica de Trabajo Social, en la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho\libros\pdf> (Consultado el 27 /3/2013).

³¹ VEGA VEGA, J. L. (1996). *Desarrollo, Adulto y Envejecimiento*. Editorial Síntesis Psicológica, Madrid, pág. 154.

derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad. Es no valerse por sí mismo y la ayuda, técnica o personal, se requiere para la realización o mejoramiento funcional de una determinada actividad.³² El nivel de dependencia de una persona de avanzada edad no solo se manifiesta desde el deterioro de sus condiciones físicas y mentales, sino también desde el punto de vista económico y social, lo cual incrementa el riesgo de aparición de diversos desórdenes físicos y psíquicos e influyen en su necesidad de ayuda para realizar actividades de la vida cotidiana.

Por su parte QUEREJETA GONZÁLEZ³³ destaca que la dependencia es un hecho variable y obedecerá, entre otras cosas, de estados de salud transitorios y significativamente de los factores del contexto real (personal o ambiental) en el que se desenvuelve la persona en cuestión, en ese preciso momento, pudiendo por tanto mejorar o empeorar según las circunstancias.

El proceso hacia la dependencia se describe mediante un proceso gradual de pérdida de capacidades, comienza con la aparición de patologías, de enfermedades tales como el Alzheimer, le siguen la aparición de deficiencias que corresponden a alteraciones en el funcionamiento normal de uno o varios órganos, lo cual daría lugar a las limitaciones para realizar determinadas acciones físicas o mentales.

Es esto lo que se denomina la senda principal del proceso de dependencia (Ver Anexo 10, tabla 10). Se consideran ancianos con posibilidades de incidir en dicha dependencia a aquellos que poseen por lo menos una de las siguientes características: 1-edad avanzada (mayor de 85 años). 2-Vivir solo. 3-Polipatología o comorbilidad (padecimiento de varias enfermedades). 4-Deterioro cognitivo. 5-Discapacidades adquiridas. 6-Antecedentes de caídas. 7-Incontinencias. 8-En estado de pobreza, marginación o abandono. Esta situación de dependencia puede inducir a que el anciano quede sujeto a la figura del cuidador o quede bajo el régimen de Tutela Ordinaria o Tutela Asistencial en caso de no tener familia y estar incapacitado.

³² LEÓN GARCÍA, LIUVA. **La pluralidad del régimen tuitivo de los adultos mayores ante el deterioro de la capacidad física y mental.** Tesis presentada en opción al título de especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia. Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas, Santa Clara, 2010, págs. 32-33.

³³ QUEREJETA GONZÁLEZ, M. (2004). **Discapacidad/dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación.** Disponible en Word Wide Web: http://sid.usal.es/docs/F8/FDO7174/Discapacidad_dependencia.pdf (Consultado el 3/05/2013).

Existen dos ámbitos a partir de los cuales se define la dependencia, uno es lo que se llama las actividades básicas de la vida diaria (ABVD) tales como vestirse, comer o asearse y las que se engloban en el concepto de actividades instrumentales de la vida diaria (AIVD), tales como comprar o preparar comida.³⁴ Las AIVD fueron en un principio propuestas con el objetivo de servir de predictores de la dependencia en las ABVD (Ver Anexo 10, tabla 12). A pesar de que no existe una estandarización de cuáles son las actividades de cada ámbito, esta clasificación no ha sufrido modificaciones significativas desde que fueran propuestas.

I.5. Enfermedades que incapacitan al Adulto Mayor

En los últimos años se ha producido una serie de cambios sociales que han modificado notablemente el problema de la atención socio-sanitaria a los ancianos. El aumento de la esperanza de vida en muchos países desarrollados ha incrementado la incidencia y la prevalencia de enfermedades incapacitantes como la demencia, lo cual unido a la evolución demográfica del mundo occidental, con un crecimiento explosivo de la población mayor de 65 años, hacen que las dimensiones del problema se tornen epidémicas en la primera mitad del siglo XXI, lo que aumenta actualmente; el interés investigativo por aquellas enfermedades que afectan la calidad de vida del paciente. Por esta razón abordaremos durante el desarrollo de este epígrafe las principales enfermedades que incapacitan al Adulto Mayor.

En este sentido, se entiende por **enfermedad**: toda alteración en las condiciones normales de vida del individuo, es decir aquellos estados carenciales de salud delimitables objetivamente.³⁵

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

³⁴ CASADO, D. (2007): *Efectos y abordajes de la dependencia: Un análisis económico*. Editorial: Masson, S.A. (Colección Economía de la Salud y Gestión Sanitaria), pág. 36.

³⁵ PORTERA SÁNCHEZ A. (1998) *Estudio clínico de las demencias*. Revista Clínica Española 183(5), págs. 223-226.

Las enfermedades físicas o corporales, pueden originar una incapacidad jurídica parcial, restringiendo en algún modo la facultad de obrar, como es el caso de la sordera y ceguera, y constituyen un impedimento para realizar determinados actos o para ejercitar determinados derechos, sobre todo aquellas que privan la comunicación con el mundo exterior. Mientras que las enfermedades mentales, al referirse al elemento psíquico del sujeto, pueden influir en su conciencia y libertad, exigiendo la declaración judicial de su existencia o de su cesación para que produzcan o no efectos jurídicos; concibe todas las alteraciones de las facultades mentales que le impiden a las personas gobernarse por sí mismos. Las enfermedades pueden ser un impedimento para determinados actos, pero para que supongan una incapacidad se tiene que ver afectada la inteligencia. La enfermedad mental permanente debe producirse por falta de desarrollo de las facultades psíquicas o por una alteración orgánica en el cerebro y facultades intelectuales. Por ello se puede afirmar que la enfermedad mental, en tanto es afección de la inteligencia y la voluntad constituirá causa modificadora de la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles.

El Código Civil Cubano no refiere conceptos definidos sobre enfermedad o retraso mental ni especifica qué enfermedades mentales pueden ser motivo suficiente para la declaración de capacidad restringida o incapacidad total, auxiliándose para ello de las ciencias médicas y los dictámenes periciales que brindan sus especialistas, quedando así complementado el buen proceder de la justicia.

Entre los requisitos que debe reunir cualquier enfermedad para que pueda constituir causa legal de incapacitación encontramos los que se precisan a continuación:³⁶

- El impedimento para el autogobierno: la capacidad de autogobierno se refiere al comportamiento normal y corriente de una persona de acuerdo con su vida, relaciones personales y sociales e intereses económicos. No tener capacidad de autogobierno supondrá que esa persona no puede actuar de acuerdo con los moldes y el funcionamiento social del marco en que se encuentra.
- La persistencia de la enfermedad o deficiencia: de no existir, no es posible la incapacitación. Es necesario que sea de manera previsible lo suficientemente

³⁶ TOLEDO CONCEPCIÓN LILIANA DE LA CARIDAD, (2009), Op., cit. Pág. 25.

duradero el trastorno a lo largo de un prolongado período de tiempo, o sea, que el padecimiento sea crónico o de larga duración.

Si bien el envejecimiento no constituye, en modo alguno, un problema de salud sino un logro alcanzado por la humanidad, en el cual mucho ha tenido que ver el desarrollo científico-técnico logrado, no es menos cierto que con este comienza a proliferar de manera creciente, un grupo de enfermedades crónicas y degenerativas. En ese grupo de enfermedades crónicas se encuentran las demencias, dolencias de elevada frecuencia en el Adulto Mayor, no solo por su magnitud, sino por su repercusión a nivel individual, familiar y social. Aunque con el envejecimiento se observe cierta pérdida de la memoria para los acontecimientos recientes puede ser de carácter benigno, como son los olvidos benignos de la senectud, lo que no debe interpretarse como un proceso demencial.

Existen diversos tipos de enfermedades capaces de incapacitar al Adulto Mayor dentro de las cuales se encuentran: la Oligofrenia, la Esquizofrenia, la Paranoia y la Demencia. De ellas, es la demencia una de las enfermedades que mayor incidencia tiene en los ancianos, por lo que haremos especial referencia a ella.

La demencia se produce debido a la degradación de las terminaciones de los nervios que envían impulsos al cerebro. Hay alrededor de 100 tipos de demencia dentro de las cuales se encuentran la demencia vascular y la demencia con cuerpos de Levy; pero la más común es la enfermedad de Alzheimer.

Se puede definir la **Demencia** como: un grupo de síntomas que implican un deterioro progresivo del funcionamiento cerebral. La misma se puede diagnosticar cuando existe deterioro de dos o más funciones del cerebro, incluyendo dentro de estas funciones el lenguaje, la memoria, la percepción visual-espacial, la conducta emocional o la personalidad, y las habilidades cognoscitivas (tales como cálculo, pensamiento abstracto o juicio). También se define como una disminución profunda de diversas funciones cruciales que originan la pérdida de la independencia personal y social en una persona previamente competente.³⁷

³⁷ GONZÁLES SÁNCHEZ RL. (1998) *Evaluación Médico-social de los ancianos con demencia*. Revista Cubana de Medicina General Integral.14 (3). págs. 221-224

Clásicamente, la demencia fue definida como un debilitamiento psíquico global, profundo y progresivo, de causa orgánica, que altera las funciones intelectuales y desintegra las conductas sociales. Se acepta, en la actualidad, que el pronóstico del síndrome demencial depende de su causa.³⁸ No existe un síntoma propio y característico de las demencias, al constituir un síndrome caracterizado por una pérdida global de las funciones psíquicas, principalmente de la inteligencia. Esta siempre implica una lesión cerebral irreversible, y el deterioro puede afectar más a unas funciones que a otras.

Se puede diferenciar entre los procesos irreversibles y los reversibles³⁹. Los reversibles son aquellos en los que, una vez que se ha eliminado la causa, el anciano recupera su capacidad. Podemos señalar, entre los más frecuentes, los efectos de la acción de sustancias medicamentosas indicadas en dosis mayores de las adecuadas para ancianos. Una vez que las dosis son normalizadas, el anciano recupera su estado cognitivo intelectual y afectivo anterior. En cuanto al deterioro irreversible, es aquél que aun cuando pudiera removerse la causa original que diera lugar al proceso, éste no desaparece, sino que por el contrario avanza hasta la pérdida total de las capacidades cognitivo-intelectuales del sujeto. Se pueden establecer tres tipos de deterioro:

- 1) Global, que se caracteriza por abarcar todas las funciones cognitivas al mismo tiempo y con idéntica intensidad, como es el caso de la demencia tipo Alzheimer.
- 2) De tipo multi-infarto. Es el resultado de una serie de infartos cerebrales a nivel capilar que comprometen a todo el cerebro y que su importancia estará en función del área afectada y de la cantidad de infartos en la misma. Esta es la forma clínica en que se incluye actualmente lo que antes se denominaba demencia arterioesclerótica.
- 3) Procesos mixtos, que combinan los dos mecanismos anteriormente descritos.

³⁸ CABRERA FORNEIRO J. Y FUERTES ROCAÑIN JC. (1994) *La enfermedad mental ante la ley*. Editorial ELA. Universidad Pontificia Comillas, Madrid. Pág. 100.

³⁹ GONZALES SÁNCHEZ RL. (1998), Op. Cit. pág. 230.

Los estados demenciales producidos por tumores cerebrales, hematoma (derrame) o trastornos metabólicos pueden, también, iniciarse de esta forma. En otras ocasiones, debido a trastornos neurológicos específicos como la hipoxia (falta de oxígeno) cerebral aguda, la encefalitis o traumatismos de cráneo, el cuadro demencial puede instalarse bruscamente, para después permanecer estacionario durante largo tiempo. La clasificación de los cuadros demenciales resulta dificultosa debido a que no siempre se logra una total coincidencia entre los diferentes criterios.

Por su parte, el **deterioro cognitivo**: es la pérdida parcial de los procesos cognitivos (memoria). Constituye uno de los síntomas cardinales de las demencias, trastornos progresivos, irreversibles e invalidantes.⁴⁰

El deterioro cognitivo inicial en Personas Mayores ha recibido distintas denominaciones, tales como: “olvidos senescentes benignos, deterioro de la memoria asociado a la edad, deterioro cognitivo asociado a la edad, y deterioro cognitivo leve, siendo en la actualidad este último término el más ampliamente aceptado. A diferencia de las descripciones previas, el deterioro cognitivo leve establece como una entidad patológica la declinación exclusiva de la memoria, en vez de considerarla como una condición fisiológica normal de la senescencia.

El deterioro cognitivo leve se ha asociado además a alteraciones cuantitativas y cualitativas en estudios de neuroimágenes, así como a factores de riesgo biológicos y ambientales, que apoyan la hipótesis de que se trata de estudios de anatomía patológica que muestran que un porcentaje importante de personas con deterioro cognitivo inicial son compatibles con el diagnóstico patológico de la enfermedad de Alzheimer. Esto lleva a que la mente comience a deteriorarse y culmine en los estados convencionalmente definidos como demencia ligera, moderada y severa. Visto en este contexto que la demencia y el deterioro cognitivo constituyen diferentes fases o momentos en un mismo proceso. El comienzo de la enfermedad es lento y progresivo, comprobándose modificaciones del carácter y trastornos de la memoria. Se observan olvidos, e indiferencia en relación con intereses habituales, y se acentúan rasgos tales como el egoísmo, la avaricia, la imperiosidad, y la indolencia.

⁴⁰ Gonzales Sánchez RL. (1998), op, cit. Pág. 228

Una vez instalada la demencia, el cuadro clínico se caracteriza por abandono en el arreglo personal y por una actividad desordenada que lleva al demente a realizar actos absurdos e incluso peligrosos para sí mismo y los demás, como es el exhibicionismo y accidentes domésticos. Se observa alterada la memoria de fijación; que es aquella memoria que nos permite recordar minutos después hechos que se viven en el momento. En el período terminal sobreviene una profunda alteración de todas las funciones orgánicas que conducen al debilitamiento general y a la muerte que sobreviene como consecuencia de otras enfermedades como puede ser la bronconeumonía, accidentes cerebro-vasculares, uremia o insuficiencia cardíaca. El curso de la enfermedad de Alzheimer varía de una persona a otra. En realidad no hay un orden ni tiempo preciso en cuanto a qué tanto dura cada una de las etapas, ni en qué preciso momento se pasa de una fase a otra. El tiempo de vida de las personas es también difícil de predecir, ya que esto depende de muchos factores, entre ellos el grado de deterioro que se tenga, así como del cuidado que se proporcione al enfermo. Esta enfermedad puede pasar por tres etapas fundamentales en su desarrollo:⁴¹

Primera Etapa: en ella se observa un paulatino deterioro en la memoria, pues la persona olvida eventos recientes, el paciente puede no recordar lo que ya vio u olvidar la conversación que tuvo minutos antes. Comienza a surgir una típica desorientación espacial, no reconociendo bien el lugar donde está. Se presentan cambios de humor y síntomas de depresión con apatía, pérdida de iniciativa y falta de interés. El lenguaje, las habilidades motoras y la percepción son conservadas, por lo que el paciente es capaz de mantener una conversación, comprende bien y utiliza los aspectos sociales de la comunicación.

Segunda Etapa: En esta todos los aspectos de la memoria comienzan progresivamente a fallar. Aparecen algunos rasgos de tipo psicótico tales como: imaginar que ve personas, las cuales no existen y escuchar ruidos que nadie oye. Las aficiones que tenía, las actividades sociales, de ocio y de recreo, pierden totalmente su valor mostrándose aburrido, flojo, apático o somnoliento. La persona

⁴¹RODRÍGUEZ J, GUERRA HERNÁNDEZ M. (1999) *Enfermedad de Alzheimer. Situación actual y estrategias terapéuticas*. Revista Cubana de Salud Pública, 38(2), págs. 134-142.

vagabundea, recorre la casa por todas partes y empieza a revolver cajones. En esta etapa, resulta obvio que la capacidad para el pensamiento abstracto y la habilidad para llevar a cabo operaciones de cálculo desaparecen por completo. Finalmente, puede apreciarse cierto grado de Parkinson, ya que es muy común ver movimientos bruscos de manos, brazos o pies.

Tercera Etapa: en esta se presenta una amplia y marcada afectación de todas y cada una de las facultades intelectuales. Pueden aparecer temblores y hasta crisis epilépticas. El enfermo con Alzheimer no reconoce a sus familiares y llega el momento en que llega a desconocer su propio rostro en el espejo. Las personas se muestran profundamente apáticas, perdiendo las capacidades automáticas adquiridas como la de lavarse, vestirse, andar o comer, y presentan una cierta pérdida de respuesta al dolor.

Por todo lo establecido durante el transcurso del capítulo se puede concluir que: una de las principales enfermedades que incapacita al Adulto Mayor es la demencia. Mientras que la incapacidad y la discapacidad pese a ser instituciones diferentes, tienen un aspecto en común y es que ambas conducen al Adulto Mayor a un estado de dependencia, al impedirles realizar las actividades de la vida diaria sin ayuda de otra persona; lo cual unido a las circunstancias que con frecuencia se presentan en estos sujetos, tales como la soledad, jubilación y viudez que lo hacen más vulnerable, trae consigo la necesidad de que se proteja a los ancianos mediante una institución capaz de suplir esas necesidades, como es el caso de la institución de la Tutela.

CAPÍTULO II: LA TUTELA ASISTENCIAL DEL ADULTO MAYOR. TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

II.1. Definición conceptual de Tutela

La palabra Tutela deriva de la voz latina *tueore*, que significa defender, proteger. Tutelar, por lo tanto, significa cuidar, proteger y ésta es una de las misiones más importantes que debe cumplir el tutor: proteger los intereses del pupilo, tanto personales como patrimoniales.⁴² También esta palabra es definida como: “autoridad que, en defecto de la figura paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y bienes de quien no tiene completa capacidad civil⁴³,” así como: “autoridad que se da por ley a un adulto para cuidar de otra persona que no puede hacerlo por sí misma.”⁴⁴ Así se puede decir que el papel del tutor es el de proteger la persona del incapaz, procurando siempre su rehabilitación y su bienestar; así como administrar el patrimonio del mismo de manera que rinda al máximo de sus beneficios siempre en provecho del pupilo. Por esta razón varios juristas se han referido al concepto de Tutela.

El concepto de Tutela aparece en el Derecho Romano definido por el jurisconsulto Servio Sulpicio que, según consta en la Instituta justiniana, señaló lo siguiente: “La Tutela es un poder sobre una cabeza libre, dado y permitido por el Derecho Civil, para proteger al que por motivo de su edad no puede defenderse por sí mismo.”⁴⁵

Por su parte, RAFAEL DE PINA ha definido a la Tutela de la siguiente manera:⁴⁶ “La Tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no

⁴² BERMÚDEZ F. DAISY Y., CHACÓN FRANCO, GODOY F. Y OTROS,(2005), **Clases de Tutela**, disponible en Word Wide Web : <http://www.monografias.com/trabajos35/tutela/tutela.shtml>, (Consultado el 7/1/2013)

⁴³ Diccionario de la Lengua Española © (2005) Espasa-Calpe: disponible en Word Wide Web: <http://www.wordreference.com/definicion/tutela> (Consultado 8/1/2013)

⁴⁴ Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © (2007) Larousse Editorial, S.L., Disponible en Word Wide Web: http://www.ibertalleres.com/web_juridica/cap2/26.htm (Consultado 9/1/2013).

⁴⁵ BULTÉ FERNÁNDEZ JULIO, DR. CUEVAS CARRERAS DELIO, YÁNEZ ROSA M., (1982), **Manual de Derecho Romano**, Editorial Pueblo y Educación, La Habana. Pág. 105.

⁴⁶ PINA DE RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, citado por: Kielmanovich I. Jorge, Benavides Diego(compiladores), 2008,**Obra dedicada a la primera promoción de Taller de Derecho Procesal de Familia**, Editorial Jurídica Continental, pág. 157.

son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica.”

Además reconoce a la Tutela como una institución necesaria y paralela de la incapacidad de ejercicio de los mayores de edad y en este sentido planteaba que la misma cumple la misión de representar al incapaz actuando en su nombre. Con respecto de los menores de edad, establecía que la Tutela es una institución subsidiaria de la Patria Potestad pues sólo se provee de tutor al menor de edad que carece de ascendientes, o que teniéndolos no pueden cumplir con la Patria Potestad. Por su parte DANIEL PERAL COLLADO, apuntó que la Tutela es una institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de las personas y patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a sí mismos.⁴⁷ Dicha institución tuitiva también es concebida como el poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapaces. Al tener como fin la protección, hace de ella la más importante forma de guardaduría legal, establecida fundamentalmente para dar resguardo a los incapaces cuando falte la Patria Potestad.

Otro de los autores que definió la Tutela es LACRUZ BERDEJO quien la reconoce como: la institución jurídica que se confiere a un ciudadano en la plenitud de sus derechos para que ejerza a favor del menor de edad no sujeto a Patria Potestad o del mayor de edad declarado judicialmente incapacitado, el cuidado, protección, representación y administración de dichas personas y sus bienes.⁴⁸

La Tutela se define como un órgano estable de actuación habitual porque la finalidad que tiene es suplir la falta de capacidad de un sujeto que no está sometido a Patria Potestad. El tutor se convierte en su representante. Esta es consecuencia de un proceso de incapacitación, por lo que se establece, y se constituye como un deber que se ejerce en beneficio del tutelado, siempre bajo la supervisión de la autoridad judicial. De lo que se deduce que la Tutela es un remedio jurídico que no siempre se basa en lazos consanguíneos, así como un medio adecuado para controlar la

⁴⁷ PERAL Y COLLADO, DANIEL A, (1980) **Derecho de Familia**. Editorial Pueblo y Educación, pág. 144.

⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y otros catedráticos de Derecho Civil. (1997), **Derecho de Familia**. Editora José María Bosch. Barcelona. España. pág. 130.

actividad administrativa del tutor al que se le podrá pedir las aclaraciones necesarias, exigiéndosele cuando la ley estime conveniente la correspondiente rendición de cuentas, en beneficio del incapacitado.⁴⁹

Para Cuba la Tutela no es más que una institución que tiene por objeto, la protección y cuidado de las personas y del patrimonio de los que por su incapacidad mental, están imposibilitados de gobernarse a sí mismos. Esta institución jurídica está integrada por un conjunto de normas y preceptos, que estructuran y regulan la atención y la asistencia de los jurídicamente incapaces.⁵⁰

II.2. Caracterización de la Tutela

La Tutela es una institución dotada de peculiaridades que la diferencian del resto de las instituciones. Dentro de sus características fundamentales se encuentran: que es un cargo personalísimo, es una carga pública, es unipersonal y está bajo control del Estado. También se caracteriza por la Naturaleza pública del oficio, por ser irrenunciable, temporal, así como por ser un cargo removible y un cargo unitario. Además es una Institución supletoria de la Patria Potestad, y su función es gratuita.⁵¹

Naturaleza pública del oficio: La existencia de un interés público viene determinada por la necesidad de actuar de oficio por las autoridades judiciales y el Ministerio fiscal para la constitución de la Tutela en todos los casos en que se den los presupuestos legales para ello. Además, existe el deber general de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional el hecho determinante de la Tutela.

Irrenunciable: no es una función obligada, pero a este cargo una vez que se concrete en cumplimiento de una resolución judicial, no puede renunciarse salvo que exista una causa legítima y debidamente justificada a juicio del Tribunal que conozca del asunto. Es decir, por ser considerado un oficio de interés público, quien está

⁴⁹ ARGONÉS ROSA, *Constitución de la Tutela, nombramiento del Tutor, inventario y fianza*, Disponible en Word Wide Web: <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/ggm3.html>. (Consultado el 18/3/2013)

⁵⁰ MARITAN GALIANO GRISEL, (2010) *La Tutela y la Curatela. Preposiciones de Lege Ferenda en el ámbito civil y familiar cubano*. Disponible en Word Wide Web: <http://www.derechoycambiosocial.com> (Consultado el 18/3/2013).

⁵¹ BELLUSCIO AUGUSTO, (2004) *Derecho de Familia, Tomo II*, Editorial: Astrea, 7ma edición actualizada y ampliada, pág. 427.

desempeñando la Tutela no puede renunciar a su cargo, sin causa aceptada por el Juez.

Temporal: El tiempo de duración del ejercicio de la Tutela es diverso según la persona que la ejerce, y con respecto también a las circunstancias del pupilo. Si este es menor de edad, la Tutela se extingue por alcanzar la mayoría de edad, y así el tutor cesará en sus funciones. El cónyuge sólo tendrá obligación de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge.

Cargo unitario: Esto significa que ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor. Si bien es cierto que el incapaz no puede tener más de un tutor, también es verdad que el tutor puede serlo de varios incapaces. Si éstos son hermanos, o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor a todos ellos, aunque sean más de tres.

Cargo removable: Los tutores pueden ser removidos por haberse conducido mal, ya con respecto de la persona, con respecto de la administración de los bienes del incapacitado, y no podrán ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo. Una de las obligaciones que tiene el tutor es la de rendir al juez cuenta detallada de su administración, y del estado en el que se encuentra el tutelado. Y en caso de maltratos, de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado, o de mala administración de los bienes de éste, podrá el tutor ser removido del cargo.

Gratuidad de la función. El ejercicio de la Tutela es gratuito. El tutor sólo tiene derecho a reembolsarse de los gastos justificados que tuviere en el ejercicio de la misma, con la previa autorización del Tribunal correspondiente.

Institución supletoria de la Patria Potestad. Dentro del régimen de la Tutela está lo referido a los menores de edad no sujetos a la Patria Potestad, por lo que la Tutela es empleada cuando esta falta, ya sea por cesación, pérdida o suspensión (o muerte); por eso, esta institución no funciona simultáneamente con la Patria Potestad, sino tan sólo en defecto de ella. Se puede plantear que ésta reemplaza, es supletoria a la Patria Potestad.

Generalidad del poder conferido al tutor. La Tutela puede comprender tanto el cuidado de la persona, como de los bienes del tutelado, lo que se infiere de la interpretación del artículo 137 del Código de Familia Cubano.⁵²

Vigilancia y control por parte de la autoridad judicial: La Tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado, lo que se establece en el artículo 141 del Código de Familia Cubano.⁵³ El Juez podrá establecer en la resolución judicial por la que se constituya la Tutela, o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado.

Función protectora: ya que se encarga de proteger a aquellas personas que por su edad o por determinadas circunstancias físicas o mentales, no pueden valerse por sí mismas y que no estén sujetas a Patria Potestad.

Función representativa: El tutor es el representante legal del menor de edad en todos los actos de naturaleza civil, por tanto, su cometido no es el de una mera asistencia o el de prestar un simple concurso al pupilo, sino de una auténtica y verdadera representación.

Como tal, no sólo velará por su persona prestándole el sustento necesario, dirigiendo su educación, formación moral y laboral, sino también gestionará y administrará sus bienes de la mejor forma posible. La representación del menor, sin embargo, no es del todo absoluta porque conforme va alcanzando mayor capacidad de discernimiento, podrá tener mayor participación en la gestión y administración de sus bienes ya que la ley le confiere algunas facultades y responsabilidades en el orden patrimonial.

⁵²Cfr.: Ley 1289 de 1975, **Código de Familia de la República de Cuba**. (1999) Divulgación del MINJUS, La Habana. (En lo adelante solo Código de Familia). **Art 137:** La Tutela se constituirá judicialmente y tiene por objeto: la guarda y cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses de los menores de edad que no estén bajo Patria Potestad; así como la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados.

⁵³ Cfr.: **Código de Familia de la República de Cuba**. (1999), op., cit.: **Art 141:** El fiscal, siempre que lo estime necesario, instará la constitución de la Tutela cuando reciba la información a que se refiere el artículo 140 o cuando por sentencia firme se prive de la Patria Potestad a quien la ejercita, o se revoque la adopción.

Función remunerada. La Tutela en algunas legislaciones es obviamente un cargo remunerado, en otras, absolutamente gratuita, y también existe una posición intermedia, según la cual, las obligaciones de la Tutela se cumplirán sin remuneración alguna, pero cuando el tutelado tenga patrimonio que produzca ingresos, podrá asignarse al tutor una cantidad que no exceda de cierto límite. Asimismo, en otras hay derecho para exigir una indemnización por los gastos realizados durante su gestión. En el caso de Cuba la Tutela es una función gratuita, pero se le da la posibilidad al tutor de obtener un reembolso por los gastos justificados en el ejercicio de la misma, lo que se puede ver en el artículo 157 del Código de Familia Cubano.⁵⁴

Personalísima e intransferible: Significa que el ejercicio de la Tutela debe desempeñarse en forma personal y no puede transferirse por acto inter vivos o de última voluntad, es decir, no puede ser objeto de cesión ni sustitución, lo que ciertamente no impide que el tutor se sirva de los servicios auxiliares.

II.3. Naturaleza Jurídica de la Tutela. Sistemas

Cuando de la Tutela se trata, no existe una uniformidad en cuanto a su naturaleza jurídica, pues se han manejado diferentes calificativos para identificarla. En este sentido se habla de poder conferido de una persona para cuidar de otra, alegando que la Tutela es un Poder protector. Se hace referencia también a que la Tutela no puede ser vista como un poder en el sentido de mandato, ya que no se celebra contrato, por el cual uno es mandante y el otro mandatario, sino que se trata de un caso de representación legal, cuyas facultades están previstas en la Ley; así como se identifica a la misma como función que cumple con cuidar y representar a la persona de un incapaz, o como una carga que tiene el que la lleva a efecto.

Teniendo en cuenta estos criterios, entendemos que la Tutela como institución jurídica tiene como finalidad la guarda y cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad, así

⁵⁴Cfr.: *Código de Familia de la República de Cuba*. (1999), Op. cit: Art 157: El ejercicio de la Tutela es gratuito. El tutor podrá reembolsarse de los gastos justificados que tuviere en el ejercicio de la Tutela, previa aprobación del Tribunal.

como la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses de los mayores de edad que han sido declarados judicialmente incapacitados.⁵⁵

II.3.1. Sistemas de la Tutela

En las legislaciones contemporáneas se han reconocido tres sistemas que rigen la institución de la Tutela, estos son: un sistema de familia, un sistema de autoridad judicial y un sistema mixto.⁵⁶

El sistema de familia se basa en un régimen dirigido por una asamblea de parientes, el que se encarga de organizar, reunir, deliberar y decidir la intervención del tutor en los asuntos determinados, quedando el mismo bajo la vigilancia y la supervisión del consejo de familia. Este sistema se caracteriza porque la organización de la Tutela es de orden privado y se funda en la presunción de afecto e interés familiar. En él el Consejo de Familia desempeña un papel preponderante y solo por excepción aparecen los poderes públicos. El sistema de familia fue seguido por varios Códigos latinos, entre ellos Francia, España y Portugal.

El segundo es el sistema de autoridad judicial, el que se funda en la consideración de que las funciones tutelares que no hubieren sido encomendadas expresamente al tutor designado con sus lazos parentales con el pupilo o en su consideración a la individualidad de su persona, deben ser atribuidas por los Órganos del Poder Público. Su característica fundamental reside en que se confía la alta dirección de la Tutela a organismos administrativos judiciales, aunque el tutor sea el pariente de un pupilo, lo que descansa en la idea de que faltando los padres, solamente el Estado puede asumir el cuidado de los menores y los incapaces. Implica que el tutor, que pueda ser y lo será normalmente, un miembro de la familia del pupilo, queda bajo la vigilancia, control y supervisión de la autoridad judicial o de un organismo administrativo.⁵⁷

⁵⁵CIZUR MENOR N., QUESADA GONZÁLEZ, M. (2004;): *Tutela y otras instituciones de protección de la persona*, Editorial: Atelier, Barcelona. Pág. 100.

⁵⁶ CASTILLO MESA OLGA, (1998.) *Orientaciones para el estudio de Derecho de Familia*. Editorial Félix Varela, La Habana. Pág. 10.

⁵⁷CASTRO Y BRAVO, F: (1952), *Derecho Civil de España*, Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil Parte General I. Editorial: Instituto de Estudios Políticos, (3ra ed). Madrid, pág. 100.

En el tercer sistema, calificado de mixto, se estima que debe quedar la Tutela entre los regímenes de familia y de autoridad, entes privados y públicos de naturaleza judicial y administrativa.

Algunos autores se han manifestado en contra de estas tres maneras de organizar el control de la Tutela, hay quien prefiere la autoridad judicial y otros opinan que al no estar suficientemente organizada la autoridad judicial, es preferible dejar a la familia la defensa y protección de los que no tuviesen capacidad jurídica de obrar, apoyándose además en que si bien la familia moderna carece de los vínculos afectivos que la caracterizaron en otra época, siempre será mejor en su función que la autoridad judicial que puede estar más corrompida que aquella.

Respetando los criterios de los diversos autores, la verdad es que en un país puede funcionar perfectamente un sistema de Tutela y en otro no, por razones elementales de cada pueblo, ya que la Tutela es una materia íntimamente relacionada con la estructura social y tradicional de cada país.

En el caso de Cuba, el Código de Familia, en correspondencia con los principios de la sociedad socialista establece un solo tipo de Tutela: la Tutela de autoridad judicial, en la que el tutor es designado por el Tribunal competente. Con esto se eliminan las figuras de Protutor y Consejo de Familia, correspondiendo al propio Tribunal las facultades que antes le correspondían a ambos.

II.4. Delación, Constitución y Remoción de Tutela

La delación de Tutela significa poner de manifiesto, denunciar, delatar, es la necesidad de poner a una persona bajo el régimen de Tutela. El Código de Familia Cubano la regula como la relación de personas que están en el deber de informar esta situación al fiscal.

Le corresponde primeramente dicha obligación a los parientes del menor o incapacitado dentro del tercer grado de consanguinidad, luego a las personas que conviven con el menor o incapacitado y sus vecinos o al Comité de Defensa de la Revolución correspondiente y también a los funcionarios públicos que por el ejercicio de su cargo tengan conocimiento de la existencia del estado de necesidad que requiere la constitución de la Tutela.

El fiscal, siempre que lo estime necesario, instará la constitución de la Tutela cuando reciba la información de las personas o cuando por sentencia firme se prive de la patria potestad a quien la ejercite, o sea revocada la adopción.

El Tribunal popular del lugar en que resida la persona tutelada, proveerá al cuidado de ésta y de sus bienes hasta constituida la Tutela y se nombre tutor.

Además, el fiscal instará siempre la constitución de la Tutela cuando por sentencia firme se prive de la Patria Potestad a quien la ejercite, o se revoque la adopción. Es al Tribunal a quien corresponde constituir dicha Tutela y designar al tutor. Para ello el juez deberá oír a los parientes más próximos del incapaz y a cualquier persona que considere oportuno como pueden ser: vecinos y directores de instituciones, así como aprovechar todos los medios de información que tiene a su alcance. Por lo que se puede decir que el juez tiene amplias facultades para realizar siempre el nombramiento en beneficio del incapaz y para controlar posteriormente el ejercicio de la Tutela.

Corresponde al Tribunal vigilar y fiscalizar la actuación del tutor, de recibir y aprobar los informes y los estados de cuenta anuales. También tiene la misión de salvaguardar los intereses del menor o incapacitado sujeto a Tutela no solo cuidando de su patrimonio, sino vigilando la educación y formación del menor y la posible curación del incapacitado.⁵⁸

Los expedientes de Tutela se sustanciarán por los trámites de la jurisdicción voluntaria, y son resultado del proceso de incapacitación anteriormente mencionado. Por su parte remover al tutor, significa destituirlo, quitarlo de su ejercicio por razones de incumplir las obligaciones que le vienen impuestas o porque hubiere dejado de reunir los requisitos exigidos para su designación.⁵⁹

Esta remoción la debe disponer el Tribunal de oficio o a instancia del fiscal. En relación con ella el artículo 140 del propio texto legal establece las personas que deberán poner en conocimiento del fiscal los hechos que a su juicio puedan determinar dicha remoción. El Tribunal al conocer cualquier hecho que dé motivo a la

⁵⁸ Cfr.: **Código de Familia de la República de Cuba**. (1999), op. cit., artículos: 140, 141 y 142.

⁵⁹ GALIANO MARITÁN, G., (2012), "**La Tutela. Valoraciones sobre su regulación y aplicación en el ordenamiento familiar cubano**", en Contribuciones a las Ciencias Sociales, Disponible en Word Wide Web: <http://www.eumed.net/rev/cccss/20> (Consultado el 20/3/2013).

remoción del tutor, procederá de inmediato a tomar las medidas oportunas para el cuidado y protección del tutelado. Hasta que no se resuelva el nombramiento del nuevo tutor, el fiscal propondrá y el tribunal resolverá las cuestiones más urgentes en cuanto a las necesidades del tutelado.

II.5. Clases y contenido de la Tutela

La Doctrina recoge varias categorías de Tutela, estableciendo de esta forma una Tutela general, la que se sub-clasifica en Tutela testamentaria, legítima y dativa, y una Tutela especial, la que tiene un carácter patrimonial.⁶⁰

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 sobre los bienes de ambos. Puede tener su origen en una disposición paterna de última voluntad, en la ley, o en la decisión del juez.

Tutela testamentaria: es aquella que tiene su origen en el acto de última voluntad de los padres. Es considerada una prolongación de los poderes inherentes a la Patria Potestad. Esta designación puede hacerla cada uno de los padres en su testamento. Si cada uno de ellos en actos separados, ha designado tutor, se nombrará, como tal, al elegido por el progenitor que ha muerto en último término.

Tutela legítima o legal: Es la que tiene lugar cuando no existe tutor testamentario o el designado no es aceptado por el juez, o posteriormente falleciera, o fuera removido por el mismo, así como cuando los padres pierden el ejercicio de la Patria Potestad, y se nombra a otra persona. Es decir, es la que en ausencia de tutores testamentarios, recae en las personas que señala expresamente la ley. Esas personas deben ser los parientes del menor o incapacitado eligiendo el juez al más idóneo para desempeñar la tarea. Tiene carácter subsidiario, ya que este orden de preferencia recogido en el ordenamiento legal regirá al no haber designado los padres un tutor testamentario.

⁶⁰ VALENZUELA M. YOLANDA, (1996), *La Tutela Especial y la Tutela Específica*. Disponible en: Tesis presentada a la Honorable Junta Directiva de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos, Guatemala. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho/libros/pdf> (Consultado el 20/2/2013).

Tutela dativa: a falta de tutores testamentarios o legítimos, corresponderá al juez elegir según su arbitrio quién puede desempeñar tal función. La Tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado siempre será dativa.

La Tutela también puede ser **especial:** Esta solo se refiere a asuntos de carácter exclusivamente patrimonial o pleitos determinados, nunca de la persona. En ella la representación no podría ser ejercitada por sus padres o tutores generales.

Por su parte, el Código de Familia Cubano recoge en su articulado la Tutela legítima o legal al establecer el orden de las personas que pueden ser llamadas a ejercer dicho cargo, teniendo en cuenta los intereses del menor o del incapacitado.

II.5.1 Contenido de la Tutela

Para hacer referencia al contenido de la Tutela es primordial conocer que se trata de una institución jurídica en la cual se establece una relación jurídica entre dos personas: el tutor y el tutelado.

Tutor: Denomínese así a la persona que ejerce la Tutela, es decir, es la persona a la cual se le designa mediante mandamiento judicial o resolución fundada y tiene el deber de conducir, guiar, atender y regir personas y bienes de determinada persona ya sea menor o mayor de edad, en éste último caso que se encuentre incapacitado para ello. Es el representante legal del Tutelado.

Tutelado: es la otra persona de esta relación jurídica a la cual se le tiene bajo la guarda y cuidado de sus bienes y de su persona, es el sujeto que recibe el cuidado y la atención del Tutor.

Ley 1289 de fecha 14 de febrero de 1975, Código de Familia Cubano, regula en los artículos del 137 al 166 lo referido al contenido de esta institución, donde establece que:

La Tutela se constituye judicialmente y tiene por objetivo:

1. La guarda y cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad que no estén bajo patria potestad, ya sea por muerte de sus padres, cuando a éstos se les imponga sanción por sentencia firme dictada en un proceso penal, cuando hayan intentado o cometen sobre la persona de su hijo un delito, relacionado con los delitos contra el normal

desarrollo de la niñez y la juventud o cuando hayan sido abandonados por sus padres, entre otras cuestiones.

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

Por lo cual se puede afirmar que están sujetos a Tutela: los menores de edad que no estén bajo Patria Potestad, ya sea por la muerte de sus padres o porque a éstos se les haya privado de la misma por los cuales la Ley lo establece, y los mayores de edad, siempre y cuando hayan sido declarados incapacitados, porque no pueden regir su persona y bienes, ya sea por causa de enajenación mental, sordomudez o por otra causa.

Ser Tutor de un mayor de edad incapacitado o de un menor de edad es un cargo de mucha importancia y es una gran responsabilidad, es por esta razón que no están obligadas las personas a asumir este cargo, pero una vez que se acepte el tutor tendrá a su cargo una serie de derechos y obligaciones, además de cumplir con exigencias legales en virtud de la sentencia judicial en la que se constituye la Tutela, ante las cuales no puede renunciar, salvo que exista una causa legítima debidamente justificada a juicio del Tribunal que conozca del asunto.

El cargo del tutor no se le podrá confiar a cualquier persona por el mero hecho de que quiera serlo, ya que el Tutor representa al menor de edad o al mayor de edad incapacitado en todos los actos civiles o administrativos, salvo en aquellos que por disposición expresa de la Ley, el tutelado puede ejecutar por sí mismo. Esta es la razón por la cual el Tutor debe cumplir determinados requisitos.⁶¹

Requisitos para ser designado Tutor de un incapacitado:

1.- Ser mayor de edad estando en el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos, 2.- no tener antecedentes penales por delitos contra la propiedad o contra las personas o por otros delitos que a juicio del Tribunal lo inhabilitan para tal condición, 3.- gozar de buen concepto público y tener buenas relaciones sociales, 4.- ser ciudadano cubano, 5.- no tener intereses antagónicos con los del incapacitado.

⁶¹ Cfr.: *Código de Familia de la República de Cuba, 1999*, Op., cit.: artículos, 146, 149,152.

Es importante destacar la existencia de un grupo de personas que tendrán preferencia a la hora de nombrar a un Tutor para el incapacitado. De esta forma, corresponderá en primer lugar al cónyuge, a falta de éste a uno de los padres, a falta de éstos a uno de los hijos, de no existir éstos a uno de los abuelos, de no existir éstos a uno de los hermanos. Cuando sean varios los parientes del mismo grado, el Tribunal constituirá la Tutela teniendo en cuenta lo que resulte más beneficioso para el incapacitado. También, excepcionalmente, cuando existan razones que así lo aconsejen, el Tribunal podrá designar Tutor a persona distinta de las relacionadas, asignándole el cargo de Tutor a quien tenga a su guarda y cuidado al incapaz o a quien muestre interés en asumir la Tutela.

Requisitos para ser designado Tutor de un menor de edad:

1.- Ser mayor de edad estando en el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos, **2.-** tener ingresos suficientes para sufragar los gastos del menor en cuanto sea necesario. **3.-** no tener antecedentes penales por delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud, ni por otros que a juicio del tribunal inhabiliten para ser Tutor. **4.-** gozar de buen concepto público. **5.-** ser ciudadano cubano. **6.-** no tener intereses antagónicos con los del incapacitado.

Una vez que el Tutor deje de cumplir con todos los requisitos y obligaciones que le son exigidos por ley durante el ejercicio de la Tutela, el Tribunal, de oficio o a instancia del Fiscal, dispondrá su remoción exponiendo siempre las causas que la motivan.

Se debe hacer notar que el contenido de la Tutela está conformado por dos aspectos fundamentales: el ámbito patrimonial y el ámbito personal.

En la ***esfera personal*** de la Tutela se encuentran presentes las funciones que desarrolla el Tutor durante el ejercicio de la misma, dentro de las cuales se encuentran: que el tutor es el representante legal del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o mediante la resolución judicial que lo incapacita.

El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular a proveerle alimentos, a educar al menor y procurarle una formación integral, a promover la adquisición o recuperación de la capacidad de su tutelado y su mejor inserción en la sociedad, así como a informar al Juez anualmente sobre la situación del mismo. Es decir, el tutor debe asegurarle su bienestar moral y material.

Al respecto el Código de Familia Cubano en su artículo 153 establece cuáles son las obligaciones que tiene el Tutor con respecto a su tutelado una vez que sea designado como tal.

El Tutor una vez que se le asigne este cargo estará obligado a:

- 1.- cuidar de los alimentos del tutelado y de su educación si es menor de edad,
- 2.- en el caso del tutelado incapaz, procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad,
- 3.- hacer el inventario de los bienes del menor o del incapacitado y presentarlo al Tribunal en el término que éste fije,
- 4.- deberá de forma diligente administrar el patrimonio que corresponda al menor de edad o al incapacitado,
- 5.- también, está obligado a solicitar oportunamente la autorización del Tribunal para los actos necesarios que no pueda realizar sin ella.

Por su parte, la ***esfera patrimonial*** está referida a la correcta administración de los bienes del menor o incapacitado, ya que el tutor está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia. Su utilización en esta esfera implica una mayor restricción en las facultades que la Patria Potestad concede a los padres para representar y administrar los bienes y la persona de los hijos, razón por la cual el tutor es quien administra los bienes del tutelado, es decir, es el administrador legal del patrimonio del tutelado, el que debe ejercer dicho cargo de la mejor forma posible. Sin embargo, existen casos en los que el tutor no vela correctamente por los intereses del menor o incapacitado, como puede ser el caso de aquel que derrocha el patrimonio del menor, que enajena sus bienes o lleva un mal manejo de los mismos, por lo que se ha establecido en nuestra legislación de familia la obligación que tiene el tutor de solicitar una autorización al Tribunal que

corresponda para realizar actos que involucren la integridad de los bienes de su tutelado. Todo ello sin establecer excesivas medidas judiciales de control, lo cual resulta lógico por la confianza que esta institución por su propio carácter de derecho natural genera.

Para ello se establecen en el artículo 155 del Código de Familia Cubano las actividades que están sujetas a la autorización del Tribunal para que se puedan llevar a cabo. Dentro de ellas se encuentran: solicitar el auxilio de las autoridades al efecto de internar al tutelado en establecimiento asistencial o de educación o reeducación. El internamiento asistencial es una medida de carácter sanitario que ha de estar apoyada ineludiblemente en una indicación médica. Dado que conlleva la privación de la libertad deambulatoria y la imposición corrientemente de un tratamiento no consentido, reclama la garantía que depara el control judicial de todo el proceso en la forma establecida por las leyes.

También lo relativo a realizar actos de dominio o cualquier otro acto que pueda comprometer el patrimonio del tutelado, así como repudiar donaciones y herencias, y para dividir estas u otros bienes que el tutelado poseyere en común con otros. Además, es necesaria la autorización para hacer inversiones y reparaciones mayores en los bienes del menor o incapacitado; y transigir o allanarse a demandas que se establezcan contra el menor o incapacitado. El Tribunal no podrá autorizar al tutor a disponer de los bienes del menor o incapacitado si no por causa de necesidad o utilidad debidamente justificada.

Otra forma de protección al patrimonio del tutelado es mediante la rendición de cuenta a la que está sujeto el tutor, con la que se evita que este realice un mal manejo de los bienes que pueda poseer el menor o incapacitado. La rendición de cuenta se debe realizar anualmente ante el Tribunal correspondiente informándolo de esta forma de la gestión realizada durante ese período; asimismo debe hacerlo cuantas veces el Tribunal lo requiera, por lo que debe notificar cualquier cambio de domicilio que se produzca.

II.6 Extinción y Registro de Tutela

La institución de la Tutela se extingue por diversas causas, entre las cuales se encuentran:

- I. Por la muerte del tutelado o porque desaparezca su incapacidad;
- II. Por arribar el menor a la mayoría de edad, contraer matrimonio o por ser adoptado;
- III. Por haber cesado la causa que motivó la Tutela, cuando se trate de incapacitados.

El tutor, concluida la Tutela, está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada, así como está obligado a rendir cuenta de su administración al Tribunal.

La obligación de entregar los bienes no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas. La entrega debe ser hecha durante el mes siguiente a la terminación de la Tutela, cuando los bienes sean muy cuantiosos o estuvieren ubicados en diversos lugares, el juez puede fijar un término prudente para su conclusión, pero, en todo caso, deberá comenzarse en el plazo antes señalado. El Tribunal debe examinar las cuentas y dar su aprobación o hacer los reparos y disponer los reintegros correspondientes.⁶²

El registro de Tutela es regulado el Código de Familia Cubano en los artículos del 162 al 166. En ellos se hace referencia a cómo se debe realizar el correspondiente registro, los documentos que se deben aportar y la función que cumple el tribunal con respecto a la misma.

Cada Tribunal debe llevar al día un libro en el que se hacen constar las Tutelas constituidas en su territorio, el cual va a estar protegido por el secretario del Tribunal o por el secretario de la Sección, los que harán los asientos y expedirán las certificaciones. De ahí, que una de las funciones principales que ejerce el Tribunal sea examinar anualmente los registros de Tutela, de lo que debe dejar constancia y

⁶² Cfr.: *Código de Familia de la República de Cuba*. (1999), op., cit, artículos: 160 y 161.

adoptar las determinaciones que sean pertinentes en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas a ella.

Por otro lado, en el registro de cada Tutela debe estar lo referido a los datos generales del incapacitado, como son: el nombre, los apellidos y la edad, así como todas aquellas disposiciones que se hayan adoptado por el tribunal respecto al ejercicio de la Tutela. También deben estar los datos generales del tutor como es el nombre, la edad y la ocupación. Además la fecha en que haya sido constituida la Tutela, y una especial referencia al inventario de los bienes, que se llevará en expediente aparte con los recibos de depósito y las limitaciones sobre operaciones de cuenta bancaria. Otro aspecto importante al que se debe hacer referencia es al centro de estudios, asistencial o de reeducación en que se halle internado el tutelado y los cambios de establecimiento que se hayan realizado.

El tutor debe rendir cuentas de su gestión todos los años, lo que constituye una forma de protección a los bienes del tutelado y a su persona, lo que se debe hacer constar al pie de cada inscripción una vez iniciado el año. El tribunal del domicilio del tutor debe comunicar al del registro donde está inscrita la Tutela dichas rendiciones de cuentas, así como los particulares que varíen los datos de la inscripción practicada, con remisión de los documentos correspondientes.

II.7. La Tutela en el anteproyecto del nuevo Código de Familia

El 14 de febrero de 1975 se promulgó el Código que regula jurídicamente entre otras instituciones las relaciones paterno-filiales, obligación de dar alimentos, adopción y la Tutela, con los objetivos principales de contribuir: al fortalecimiento de la familia y de los vínculos de cariño, ayuda y respeto recíprocos entre sus integrantes; al más verdadero cumplimiento por los padres de sus obligaciones con respecto a la protección, formación moral y educación de los hijos para que se formen plenamente en todos los aspectos y como dignos ciudadanos de la Sociedad Socialista a la plena realización del principio de la igualdad de todos los hijos.

Este Código regula en el Título IV la institución de la Tutela, a partir del artículo 137, pero no es hasta el artículo 148 que se refiere a la Tutela de las Personas Mayores declaradas judicialmente incapaces, estableciendo que esta corresponderá por su

orden al cónyuge en primera instancia, a uno de los padres, a uno de los hijos, a uno de los abuelos o a uno de los hermanos indistintamente, en ese orden, así como que cuando sean varios los parientes del mismo grado el Tribunal constituirá la Tutela teniendo en cuenta lo que resulte más beneficioso para el incapacitado. En él también se hace referencia a los requisitos para el ejercicio de la Tutela y cuáles son las obligaciones del tutor en el ejercicio de la misma.

Sin embargo, la legislación cubana tiene algunas deficiencias, ya que solo se refiere a la Tutela de las personas incapacitadas, y si tenemos en cuenta que a algunos discapacitados se les puede declarar restringida su capacidad, limitándose su actuación para algunos actos respecto de los cuales su limitación física, sensorial o motora la veta, pero no para el resto de los actos jurídicos, por lo que no siempre al discapacitado hay que incapacitarlo judicialmente, ni siquiera restringirle su ejercicio de capacidad de obrar. Esta situación se resolvería con la figura de la curatela; la que no es aceptada en la legislación cubana. Por lo que se puede afirmar que constituye una de las principales deficiencias del mencionado Código de Familia, pues establece exclusivamente como figura de guarda a la Tutela en los artículos del 137 al 166. Aspecto que no resulta congruente con la ley sustantiva al impedir la adecuación del régimen de protección a los casos de capacidad restringida. Esta situación se debe resolver con la nueva versión del Código de Familia, pues en el anteproyecto del 2004; se incluye la curatela, con el objetivo de suplir determinados casos donde no es necesario suplir la capacidad como en la Tutela y sí complementarla.

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

resolución motivada adoptará lo que estime más conveniente para el menor los menores o el incapacitado.⁶³

II.8 La Tutela Asistencial. Delimitación conceptual. Precisiones terminológicas

Durante el transcurso de esta investigación se ha podido constatar la importancia que tiene la Tutela para darles protección a todas aquellas personas que por las causas ya explicadas necesitan de un tutor que vele por sus intereses y que cuide de su persona. Pero es necesario también referirnos a la función tutelar que se ejerce en una serie de instituciones, como los Hogares de Ancianos, los que se convierten en familias sustitutas de esas personas que están sujetas al régimen de Tutela, es decir, es necesario referirnos a la Tutela Asistencial.

Este tipo de Tutela es también conocida por diversas terminologías tales como: Tutela Asistencial, Tutela Administrativa, Tutela Automática, Tutela Legal, o Tutela ejercida por ministerio de la Ley. Todas estas denominaciones son utilizadas indistintamente por los diferentes países como España y México, sin embargo no se hace referencia en ninguno a cuál es el término más correcto para referirse a la misma. En el caso de Cuba, el vocablo más correcto a utilizar es Tutela Asistencial, ya que la principal función que se ejerce mediante esta es asistir a todos aquellos ancianos que están incapacitados, satisfaciendo de esta forma sus necesidades personales, materiales y de salud. Además, es Salud Pública el órgano encargado de ejercer la asistencia y suministrar los recursos necesarios para que se les brinde un tratamiento adecuado a los Adultos Mayores en los centros asistenciales, como son los Hogares de Ancianos.

Los antecedentes de esta figura tienen su base en la Tutela ejercida por los directores o representantes de instituciones benéficas de acogida de expósitos o huérfanos, que se recogía en la redacción original del Código Civil Español de 1889. Lo peculiar es que pese a su carácter institucional, el peso del ejercicio de las funciones y la asunción de responsabilidades se realizaba de manera personal por quien ostentaba la dirección del centro. La figura tampoco se vinculaba de manera

⁶³ **Anteproyecto de Código de Familia Cubano** del 2004. Disponible en: Fiscalía Provincial de Villa Clara.

directa al ejercicio pleno de la Tutela. De ahí, que la doctrina jurídica considerara que se trataba de “Tutelas impropias” limitadas al cuidado de la persona, asimilándose más con figuras de guarda que con funciones tutelares en sentido estricto. También eran modalidades de protección previstas en principio para niños y niñas y que solo por analogía se aplicaban a otros acogidos en centros de beneficencia.

La Tutela Asistencial se produce cuando la Administración constata el hecho de que un mayor de edad incapacitado se encuentra interno en un centro asistencial y no está sujeto al régimen de Tutela, ya que la entidad pública en estos casos está obligada por la ley de forma automática a la Tutela de los mismos, adoptando las medidas de protección necesarias para su guarda. La Administración en estos casos interviene protegiendo a estos sujetos ante la situación en la que se encuentran, asumiendo la Tutela y convirtiéndose así en la forma de intervención más intensa que tiene la Administración en el orden de protección de mayores incapacitados.

También se reconoce como la puesta en marcha de la actividad administrativa a partir de una situación de desamparo y que conducirá a una medida de protección propiamente dicha como es el denominado acogimiento⁶⁴.

En el ordenamiento interno cubano no existe una definición de la Tutela Asistencial, sino que se limita a instaurar cuáles son las personas que deben quedar sujetas a ella y quien se debe nombrar como tutor de las mismas, así como los requisitos para su configuración.

Si bien la Tutela por ministerio de la Ley tiene aspectos en común con la Tutela ordinaria como es respecto a su objetivo o finalidad, ya que ambas están encaminadas a darle protección a los menores de edad y mayores incapacitados, así como los deberes, facultades y obligaciones que implica el cargo, también tienen diferencias con la misma, tanto por su origen, como por su constitución, requisitos y efectos; por esto no se deben confundir dichas instituciones.

En el ejercicio de la Tutela Asistencial también se presentan determinadas dificultades tales como:

⁶⁴ PIAZUELO TENA ISAAC, (Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza) ***Panorama de la Guarda Administrativa de Menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996***. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho/libros/pdf> (Consultado el 20/2/2013).

- ❖ Se ve perturbada por interferencias, a veces continuas y exigentes, de los familiares cuya dejación ha provocado la situación de desamparo, que se creen legitimados a tomar decisiones respecto al incapaz, sin aceptar la intromisión de extraños.
- ❖ Precisa del auxilio de profesionales y está sujeta a la burocracia del Centro.
- ❖ Al ser el director, el responsable del «bienestar residencial» del incapaz, se constituye en juez y parte, y carece de verdadera autonomía a la hora de exigir las mejores condiciones para su pupilo, prevaleciendo su condición de gestor de la residencia, sobre la condición de encargado de la protección del incapaz.

Este tipo de Tutela presenta una serie de **características** que la diferencian del resto de las instituciones, dentro de las cuales se encuentran: la obligatoriedad, carácter subsidiario, va dirigida a los menores de edad y los mayores incapacitados, se produce *ex lege*, no precisa de declaración o trámites judiciales y tiene carácter instrumental.⁶⁵

Con respecto a la obligatoriedad se debe notar que las administraciones públicas asumen los cargos tutelares en función de sus responsabilidades de gestores del sistema público de servicios sociales y garantes últimos del cuidado de las personas en situaciones de vulnerabilidad; pero en ningún caso la obligatoriedad de esta función es absoluta siempre y cuando exista una razón justificada para ello. También tiene un carácter subsidiario porque la Ley hace un llamamiento a los miembros de la familia del afectado para que se hagan cargo de su protección y cuidado; y solo cuando estos no lo hacen, es decir, que no existan personas capaces de asumir esta función es que se recurre a la Tutela Asistencial.

Además, se caracteriza por la ausencia de trámites a la hora de su constitución. Es decir, no precisa ser declarada por el Tribunal mediante un proceso judicial ni requiere de trámites judiciales para que se haga efectiva. Por lo que se puede decir

⁶⁵ GUILLOT LEONSEGUI ROSA A., (2000) (profesora titular de Derecho Civil), **Consideraciones generales sobre la Tutela como fórmula jurídica de protección**, Editorial UNED (España). Págs. 16-18.

que la Tutela Asistencial se produce *ex lege*, de forma automática por requerimiento de la Ley.

Para países como España esta Tutela recae sobre menores e incapaces que se encuentren en una situación de desamparo, considerándose como tal la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.⁶⁶ Es preciso, por tanto, que al menor no se le preste lo necesario para su subsistencia, tanto desde el punto de vista moral como del económico. Sin embargo para Cuba este tipo de Tutela recae en los menores de edad que se encuentren internos en centros asistenciales, de educación o de reeducación y que no estén sujetos a la Patria Potestad ni a Tutela; así como los mayores incapacitados internos en centros asistenciales y que no estén sujetos al régimen de Tutela.

Por otro lado, se caracteriza también por tener un carácter provisional, ya que no debe durar más tiempo que el necesario para conseguir la reinserción familiar del menor o el anciano, o la constitución de la Tutela ordinaria en su caso.

El cargo de tutor recae por ministerio de la Ley en la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores, y supone la suspensión de la Patria Potestad o de la Tutela ordinaria, de tal manera que los titulares de la misma quedan relevados de sus funciones en beneficio de la entidad pública.

II.9. La Tutela Asistencial en el Derecho Comparado

A. Alemania.

En este país al lado de las Tutelas de carácter privado en las cuales el tutor es nombrado por los padres del menor o por el Tribunal, elegido entre los parientes o afines del menor, existe la Tutela legal oficial, la Tutela discernida y la Tutela de institución o asociación.

La Tutela legal oficial es la que ejerce el Consejo Municipal de Huérfanos u Oficina de Protección de la Juventud, y se ejerce sobre los hijos nacidos fuera de

⁶⁶ Guillot Leonseguí Rosa A., Op., Cit. pág. 19.

matrimonio. Por su parte la Tutela discernida corresponde a la Oficina de Protección de la Juventud, siempre que no exista un tutor más adecuado. Además la ley permite el discernimiento de la Tutela de institución y asociación. En este caso, son designados tutores los directores de las instituciones sujetas a la administración del Estado o a su vigilancia, y los directores de las instituciones y asociaciones particulares que hayan acogido a los menores. En la legislación alemana a la posibilidad de que el pupilo pueda ser incorporado a una familia o internado en una institución o establecimiento correccional, según la decisión del Tribunal, con vistas a lograr lo más oportuno en interés del menor; según se establece en el artículo 1838 del B.G.B. También el Estado Alemán cumple su misión de protección a los menores huérfanos a través de la Tutela oficial discernida, y la de institución o asociación. Completa así el cuadro de la regulación el B.G.B, modelo del sistema de control de la autoridad pública.⁶⁷

B. Italia.

La Tutela Asistencial se puede ver mediante la asistencia privada, la asistencia pública y la Tutela institucional confiada a organismos de asistencia.

En este país cuando falta la familia, el Estado no puede a través de sus propios órganos proporcionar protección al menor abandonado. Por lo que, ante el interés público por salvaguardar a estos menores, el Estado italiano ha creado órganos de protección a los que corresponde esta función. En el caso de los menores sin parientes conocidos o capaces de ejercer el cargo del tutor en el lugar del domicilio, podrán ser enviados por el juez a un organismo de asistencia del municipio correspondiente a su domicilio. La administración del organismo respectivo delega en uno de sus miembros el ejercicio de las funciones de la Tutela, y solo cuando la naturaleza o la importancia de los bienes del menor u otras circunstancias lo requieran, corresponde al juez el nombramiento de un tutor para el menor; según establece el Código Civil Italiano en su artículo 354.

Los menores abandonados también pueden ser enviados a los institutos u hospitales de asistencia pública que operan bajo la vigilancia del juez tutelar. Estos institutos

⁶⁷ **Código Civil Alemán.** Disponible en: Selección Legislativa de Derecho Constitucional. Intranet UCLV /sociales/derecho/pregrado/ disciplina jurídico básico /Legislaciones de otros países.

ejercen por ley, si es el caso, o la entrada bajo la Patria Potestad de alguien facultado para ejercerla. La actividad tutelar que desarrollan estos institutos se encuentra regulada por las normas de la Tutela parental. El juez también puede confiar el cuidado de un menor o incapacitado a particulares dispuestos a recibirlos con el objeto de atenderlos y alimentarlos.

C. Francia.

En Francia se refleja la Tutela Asistencial mediante la Tutela de Estado y la Tutela asistida. La reforma del Código Civil Francés de 1974 modifica el artículo 433, que ahora establece: “si la Tutela está vacante, el juez la difiere al estado”. Cuando el menor huérfano carece de familiares aptos para realizar las gestiones administrativas de su patrimonio, la Tutela del menor se confiere subsidiariamente al Estado. Para esta clase de Tutela, no se constituye consejo de familia; la gestión del cargo corresponde al Comisario de la República quien la delega al director Departamental de Acción Sanitaria y Social o a un director de un establecimiento público en donde se encuentre el menor o incapacitado. Este tutor tiene poderes de administración legal bajo control judicial del Comisario de la República, en tanto que el tutor ejerce todos los derechos que corresponden al titular de la autoridad parental. Se considera que los poderes públicos a través de las funciones administrativas, proporcionan al menor o incapacitado la mayor seguridad y protección, tanto en su individualidad física como psíquica, para evitar riesgos que atenten contra su vida, salud, seguridad o contra su moral.

También es de tipo administrativa la Tutela asistida que el Código Civil Francés atribuye a los servicios de asistencia encargados de recoger a los desamparados. A diferencia de la Tutela de Estado, la asistida se constituye sobre los huérfanos sin patrimonio que responda a sus necesidades. El Estado, ante tal situación, asume directamente la protección a ese menor.⁶⁸

D. España.

La Tutela “*ex lege*” o “automática”, la guarda “legal” o “administrativa”, y el “acogimiento”, son específicos instrumentos públicos de protección de los menores,

⁶⁸ SESMA BRENA INGRID (1999), *Intervención del Estado en la Tutela de Menores, págs. 60-67. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho\libros\pdf>* (Consultado el 20/2/2013).

que pueden encuadrarse bajo la denominación de lo que en sentido amplio se denomina Guarda Administrativa o Asistencial. Sus primeros vestigios se evidenciaron al modificarse el Código Civil con la Ley del 24 de octubre de 1983 en materia de Tutela, la que introdujo la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran asumir funciones tutelares respecto de personas incapacitadas. Sin embargo, mantuvo la posibilidad de que a los directores de establecimientos públicos se les atribuyera la Tutela de los menores acogidos en ellos. Pervivía de esta manera una práctica ambigua y paradójica, como abrir la acción tutelar a las entidades jurídicas y mantener en caso de entidades públicas una Tutela personal por razón del cargo. Posteriormente se consolidó con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, “de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores”, resultando nuevamente reformada la materia por la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996.

Mediante esta Ley se otorga a las entidades públicas variadas y amplias funciones, entre ellas, la Tutela *ipso iure* de los menores en situación de desamparo. La entidad pública asume todos los deberes y facultades de un tutor respecto de la persona y bienes del menor. Su actuación está sujeta a la vigilancia del Ministerio Fiscal y bajo control judicial.⁶⁹

E. México.

La intervención de la autoridad administrativa a través de la Tutela legítima de los menores abandonados se ve fundamentalmente en el Código Civil (1928) del Distrito Federal. En él se reconocen como sujetos de este tipo de Tutela a los menores abandonados. La ley coloca a los expósitos bajo la Tutela de la persona que los haya acogido, quienes tienen las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores. Si los menores fueron recibidos por casas de beneficencia, incluidas u hospicios, los directores de estos establecimientos desempeñarán la Tutela de aquellos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento. Con respecto a la Tutela dativa de menores que carecen de

⁶⁹ MANRESA, (1957), *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo II, Séptima edición, Madrid, pág. 301.

parientes y de bienes, se debe hacer notar que a los menores de edad que no estén sujetos a la Patria Potestad ni a la Tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombra tutor dativo. La Tutela, en este caso, tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor y aun de oficio, por el juez de lo familiar.⁷⁰

Del estudio realizado sobre la Tutela Asistencial en el Derecho comparado emanan las siguientes **conclusiones**:

- sí es reconocida la institución en el ámbito jurídico foráneo.
- la misma es recogida generalmente en los Códigos Civiles de los diferentes países, donde se hace referencia a sus características, a los sujetos sobre los que recae y al contenido de la institución.
- es aplicada fundamentalmente sobre la figura del menor, haciendo omisión a los ancianos incapacitados, a excepción de España quien sí la prevé para los ancianos que se encuentran en una situación de desamparo.

II.10. La regulación en el Código de Familia Cubano de la Tutela Asistencial

La Tutela Asistencial en Cuba es regulada en 2 artículos del Código de Familia, en el artículo 147, el que se refiere a la Tutela de los menores de edad y el artículo 150, el que está referido a la Tutela de los mayores de edad. En este sentido el artículo 150 establece: “A los directores de los establecimientos asistenciales se les considerará tutores de los mayores de edad incapacitados que se hallen internados en dichos establecimientos y que no estén sujetos a Tutela, a los mismos efectos que para los menores establece el artículo 147”.

De la interpretación de este artículo se colige que solo se les va a considerar tutores a los directores de dichos centros de los mayores de edad que cumplan con 4 requisitos fundamentales:

1. Ser un Adulto Mayor.

⁷⁰ Cfr.: **Código Civil Federal de México**. Disponible en: Selección Legislativa de Derecho Constitucional. Intranet UCLV /sociales/derecho/pregrado/ disciplina jurídico básico /Legislaciones de otros países. artículos: 492 al 497.

2. Estar interno en un centro asistencial, como son los Hogares de Ancianos.
3. No estar sujeto a Tutela ordinaria.
4. Que el anciano esté incapacitado.

Esta norma vigente en nuestro país no se ajusta a la realidad existente y a lo que realmente sucede en dichas instituciones, pues como se mencionó anteriormente, para ser nombrado tutor de una persona mayor de edad se debe realizar primero el proceso de incapacitación de esa persona, y es en ese proceso donde el juez, para proteger tanto a la persona declarada incapacitada como a sus bienes, haciendo uso de la Tutela ordinaria nombra a un tutor; y solo en caso de que no sea posible constituir este tipo de Tutela por no existir personas capaces de hacerse cargo del anciano es que se pasa de forma subsidiaria a la Tutela Asistencial, fungiendo como tutor del incapacitado el director del centro.

Sin embargo como resultado de la entrevista realizada a las trabajadoras sociales se concluye que el 9,2 % de los Adultos Mayores internos en los Hogares de Ancianos del municipio de Santa Clara, se encuentran sujetos a una causal de incapacidad, entre ellas: la demencia, y no han sido declarados judicialmente como incapacitados por lo que se encuentran en un alto grado de desprotección; ya que a todos los efectos es el director del centro el que debe ejercer su Tutela, protegiendo sus bienes y su persona, pero desde el punto de vista doctrinal no se puede considerar tutores a los mismos al no existir una resolución judicial declarando la incapacidad del anciano. Por ello estamos ante una incongruencia en la normativa familiar cubana que debe ser resuelta para que exista una adecuada protección sobre estos sujetos. Además el 9,7 % son ancianos discapacitados, mientras que el 5,0 % presentan ambas categorías y el 76,0 % no se encuentran en dichas categorías. (Anexo 2, Tabla 1 y Gráfico 1).

Del mencionado artículo 150 del Código de Familia Cubano se deducen también las características y deficiencias que están presentes en la institución. Dentro de las principales **características** de la misma se encuentran:

- **Carácter estatal e interés público:** pues es el Estado mediante los órganos destinados al efecto quien se encarga de brindarle protección a los Adultos Mayores incapacitados que se encuentran desamparados.

-**Es subsidiaria:** pues solo opera en caso de que no se pueda constituir la Tutela ordinaria, y siempre que se cumpla con los requisitos necesarios para su constitución.

-**Depende del nombramiento del cargo:** si la persona no es nombrada director del centro mediante el procedimiento establecido para ello, no puede ser tutor del anciano incapacitado interno en el centro asistencial.

-**Irrenunciable:** porque una vez que la persona acepte el cargo (director del Hogar de Anciano), no puede negarse a ejercer las funciones que como tutor de los ancianos incapacitados internos en el centro le corresponden.

-**Carácter automático:** no requiere para su constitución de trámite judicial alguno.

Esta institución también presenta una serie de **deficiencias** tales como:

1. no establece cuáles son los requisitos que se deben cumplir para ser nombrado tutor de los ancianos incapacitados.
2. no hace referencia a cuáles son las obligaciones que debe cumplir el tutor de dichos ancianos.
3. no está sujeta por ley a supervisión y control.
4. solo se centra en la figura del director del establecimiento y no en otros sujetos que laboran en la institución y que son fundamentales en la protección a los ancianos.
5. la remoción no se contempla, pues se asocia al cargo administrativo, lo que contradice el carácter legal de la misma que viene regulada por norma de índole administrativa y asistencial.
6. no se refiere a las formas de extinción de la institución.
7. no hace referencia de forma expresa a la legitimación del director del centro para solicitar la ejecución de un expediente de incapacidad. Solo se infiere del artículo 587

de la Ley de Procedimiento Civil, Laboral y Económico, en su numeral 2, que este sujeto sí está autorizado al ser el único posible de deferírsele la Tutela en este caso.⁷¹

Otro aspecto de gran importancia a tratar es lo referido a la función que ejercen los directores de los Hogares de Ancianos como representantes legales de los ancianos internos en estos centros. Si partimos de que se considera al tutor del Adulto Mayor incapacitado como su representante legal en el ejercicio de las funciones de Tutela, según establece el artículo 151 del Código de Familia Cubano,⁷² nos encontramos que el mismo está sujeto a una serie de limitaciones en cuanto a la representación y su ejercicio. Estas limitaciones se manifiestan desde los requisitos que debe cumplir dicho director, al que le corresponden por analogía las mismas exigencias que al tutor de familia, tales como: estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos, no tener antecedentes penales por delitos contra la propiedad o las personas; sin embargo, quedan fuera de estos requisitos aspectos relevantes como: que no es posible determinar al momento de su nombramiento si sus intereses son antagónicos o no con los de los ancianos que va a representar de manera legal y que los vínculos afectivos entre representante y representado están ausentes. Lo que realmente se valora es la aptitud del director para desempeñarse como jefe superior jerárquico de una institución, y no la actitud y requisitos que debe cumplir como representante legal; por lo que se puede afirmar que es netamente administrativa la responsabilidad que asume el mismo.

Otra de las limitaciones que se presentan es que la aceptación para el cargo de tutor no es voluntaria, sino que constituye un imperativo de ley; lo que puede incidir en el ejercicio efectivo de sus obligaciones como representante. Con respecto a las obligaciones a las que están sujetos los directores de los Hogares como representantes legales de los Adultos Mayores incapacitados, es notable que no se atemperan íntegramente al ejercicio de esta forma de representación legal, lo cual

⁷¹ Cfr.: **Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico**, Art. 587.2: la persona a quien en su caso, correspondería deferirle la Tutela.

⁷² Cfr.: **Código de Familia Cubano**. Op. Cit. Art: 151: El tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles o administrativos, salvo en aquellos que por disposición expresa de la ley, el tutelado pueda ejecutar por sí mismo.

nos lleva a consultar el orden administrativo en busca de su posible regulación. También al ser los directores los responsables del bienestar residencial de los ancianos, pueden incurrir en ser “juez y parte” y carecer de verdadera autonomía al exigir las mejores condiciones para sus pupilos, prevaleciendo su condición de gestores de las residencias, sobre los de encargados de la protección del incapaz.⁷³

II.11. Regulaciones administrativas de la Tutela Asistencial

Los Hogares de Ancianos son una institución social de convivencia permanente destinada a la atención integral y continuada de los Adultos Mayores que por diversas causas no pueden mantener una vida independiente y autónoma y no pueden ser atendidos en su situación de dependencia por otros medios.⁷⁴

Dentro de los requisitos necesarios para ingresar a los mismos se encuentran: tener 60 o más años cumplidos; solo excepcionalmente se permite el ingreso de la persona sin la edad requerida cuando concurran los demás requisitos para el ingreso. También se admitirán residentes con graves problemas sociales y los portadores de impedimento físico o cognitivo que no existan posibilidades para su atención en el entorno familiar o comunitario. Además, no padecer de enfermedades infectocontagiosas, que requieran necesariamente atención hospitalaria en ese momento; así como no presentar una patología psiquiátrica. Los ancianos que presentan una enfermedad mental no pueden ingresar en los Hogares al no cumplir con el requisito mencionado anteriormente, de lo que se deduce que todos los incapaces que se encuentran actualmente en estos centros, le sobrevinieron estas causales de incapacidad posteriormente a su ingreso.

Pese a la diferenciación de la responsabilidad administrativa y de la representación legal que asumen los directores de las unidades asistenciales solo se conciben las obligaciones que tiene el director como máximo representante de la institución y no como tutor de los ancianos incapacitados. El Reglamento de los Hogares de Ancianos nada refiere sobre el contenido del cargo del tutor. Solo se enumera en él

⁷³ ESTRADA RODRÍGUEZ M. *La Representación legal al Adulto Mayor*, Tesis presentada en opción al grado científico de especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia, Universidad Central “Marta Abreu” de las Villas, Santa Clara, 2013.

⁷⁴ *Reglamento General de los Hogares de Ancianos* (2008). Disponible en el Departamento de protección al Adulto Mayor de Salud Provincial de Villa Clara.

las principales funciones que le corresponden como director del centro. En este sentido es el encargado de cumplir y hacer cumplir todas las actividades y disposiciones relativas a la institución, por lo cual administrará adecuadamente los recursos humanos, materiales y financieros de que dispone. Es el responsable máximo de la atención integral al anciano en la institución, supervisa y evalúa periódicamente el plan de trabajo según el programa establecido por el nivel superior, cumple y hace cumplir la legislación vigente, exige el cumplimiento de las normas de higiene y epidemiología. También se encarga de promover y exigir consideración y respeto a la identidad del residente, así como de establecer información periódica semestral del estado del residente a los familiares y cumplir con la información periódica a los familiares de los residentes de cualquier padecimiento de los mismos que por su gravedad signifique un riesgo inminente para su vida.

El que no estén regulado en dicho Reglamento los derechos y las obligaciones que posee el director como tutor de los ancianos incapacitados, no significa que este no tenga obligaciones con respecto a sus tutelados, ya que se le pueden aplicar por analogía las correspondientes a la Tutela ordinaria. De esta forma son de aplicación en estos casos lo establecido en los artículos desde el 153 hasta el 156 del Código de Familia Cubano.

Cabe notar que las disposiciones establecidas en el Reglamento de los Hogares de Ancianos solo hacen referencia a la protección de la esfera personal de los Adultos Mayores, es decir, que tengan un adecuado tratamiento hacia su persona, como es su alimentación, aseo y servicios médicos; pero nada refiere sobre la protección al patrimonio de los mismos. Mediante la presente investigación se comprobó que el 29,4 % de los ancianos internos en estas instituciones traían consigo a su ingreso bienes muebles tales como: ventilador, escaparate y radio; y el 10,3 % son propietarios de inmuebles (Ver Anexo 5, Tabla 4). Por esta razón en dichos Hogares como una forma de tener un control sobre la existencia o no de bienes anexas al expediente de ingreso la llamada Hoja de Declaración de Valores (Ver Anexo 9). En ella se deja constancia de los bienes que poseía el anciano al ingresar y los que posteriormente adquirió estando en la institución.

II.12 Relación de la Tutela Asistencial con la figura del cuidador y la del guardador de hecho

La Tutela Asistencial está relacionada con la llamada *Guarda de Hecho* y con la figura del *cuidador*, razón por la cual haremos especial referencia a dichas instituciones.

La ***guarda de hecho*** se puede definir como: la ejercida por personas que no tienen la condición legal de tutor. Además es una institución de carácter temporal o transitorio en interés de la persona necesitada de guarda y protección.⁷⁵

En el caso de los incapacitados, esta institución, además de dejar de realizar el trámite de la constitución de la Tutela, deja también al margen el de la incapacitación, y por consiguiente habrá de referirse siempre a la persona en guarda como presunto incapaz. La guarda de hecho se presenta en los supuestos en los que hay una persona que no es el representante pero cuida del menor, por ejemplo, los padres drogadictos que tienen al niño con sus abuelos. Cuando los padres o tutores por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente, que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario. De la entrega de la guarda se debe dejar constancia por escrito, haciéndose constar que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la administración. Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquellos y al ministerio fiscal.

Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. Cuando se habla de guarda de hecho deben distinguirse dos posibles fases por las que esta puede atravesar: en primer lugar, la guarda de hecho sin más, verdadera situación de hecho, que, por serlo no puede tener una regulación que indique como ha de desarrollarse, sino que únicamente produce ciertas consecuencias jurídicas, primordialmente en favor del guardado; en segundo lugar, la guarda de hecho cuando se comunica a la autoridad

⁷⁵ ESCAMILLA MORALES, B. (2000). ***Aspecto personal de las instituciones protectoras de las personas discapacitadas***. En Revista del Poder Judicial, Digitalizada. pág.15.

judicial pues a partir de ese momento ya la situación no sólo es de hecho, sino que adquiere otras características cercanas a los cargos tutelares.

Esta guarda legal deberá comprender tanto la custodia, como alimentación, vestido, instrucción mínima y en sentido general todo el cuidado que precise el incapaz. El contenido básico de la mera guarda será el correspondiente al contenido personal de la Patria Potestad y la Tutela, pero no al restante.⁷⁶

En Cuba, esta modalidad se puede asociar a los mencionados artículos 147 y 150 del Código de Familia, los que les confiere carácter de tutores a los directores de los establecimientos asistenciales o de los centros de educación o reeducación. De lo preceptuado en este artículo podemos apreciar que nuestro ordenamiento subsume en la institución de la Tutela lo que en la ley española se regula como guarda administrativa, al asumir la entidad pública la guarda del menor como ocurre en nuestros círculos infantiles mixtos y hogares de niños sin amparo filial para dar solución de urgencia y con carácter temporal a aquellos menores en situación de desamparo, así como los hogares de ancianos para darle protección a las Personas Mayores que no están sujetos a Tutela. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico cubano la guarda de hecho aún no cuenta con reconocimiento legal, a pesar de su frecuencia en nuestra realidad social, específicamente en el cuidado de adultos mayores con deterioro o pérdida de la capacidad que se encuentran a la guarda de algún pariente, sin que se haya interesado el pronunciamiento del órgano judicial a fin de constituir la Tutela.

El mencionado anteproyecto de modificación del Código de Familia en sus Artículos 230 y 231 propone el reconocimiento de la Guarda de Hecho, cuyo alcance se limita a los menores de edad y los mayores de edad incapacitados;⁷⁷ dejan así excluido a otras personas que sin ser incapaces por razón de la edad o enfermedad o que estando en condición de incapacidad no le ha sido declarada judicialmente; pero reciben la atención y el cuidado de familiares, vecinos, amigos u otro interesado,

⁷⁶ CAFFERATA JOSÉ I, (1978), *La guarda de menores*, Editorial Astrea. Pág. 103.

⁷⁷ Vid. *Anteproyecto de modificación del Código de Familia cubano*. Disponible en la Fiscalía Provincial de Villa Clara.

siendo los adultos mayores una parte importante de las personas que se encuentran en las circunstancias relatadas.

La guarda de hecho estaría presente cuando una persona asume el cuidado de un menor, de un mayor de edad con deterioro o pérdida de las facultades de entendimiento y voluntad, y por tal motivo se encuentran imposibilitadas de realizar de manera autónoma las actividades de la vida diaria, lo cual permite presumir que se encuentra en situación de privarlo totalmente de la capacidad, sin que tales condiciones hayan sido declaradas por el órgano judicial. Por lo que urge que al guardador de hecho se le reconozca legalmente como tal, cuando no concurren los presupuestos jurídicos que den lugar a la constitución de la Tutela y exista ausencia de declaración de incapacidad. De esta forma, se mitigaría la desprotección de las personas presuntas incapaces o inhabilitadas sin que se hayan declarado como tal, ya sea por no haber sido promovidas o se haya seguido el principio de incapacitar sólo cuando sea estrictamente imprescindible, es decir, cuando no es posible de otro modo proteger sus intereses.

Por su parte la palabra “**cuidar**” surge con la propia aparición del hombre, en el que este ha tenido que asumir el cuidado consigo mismo y hacia lo demás. El acto de cuidar no se limita solo a satisfacer las necesidades físicas más inmediatas, sino que representa una infinita variedad de actividades dirigidas a mantener y conservar la vida y facilitar las condiciones para la realización del proceso vital humana.

En este sentido, se puede definir como *Cuidador* a “aquella persona que asiste o cuida a otra afectada de cualquier tipo de discapacidad, minusvalía o incapacidad que le dificulta o impide el desarrollo normal de sus actividades vitales o de sus relaciones sociales.”⁷⁸

Cuba carece de normas con una definición concreta del cuidador. Leyes como la Constitución de la República, el Código de Familia o la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, nada articulan con exactitud sobre el Cuidador del Adulto Mayor, solamente se refieren a formas que no reparan en la identificación

⁷⁸ PÉREZ ROCA DARIOSKY, *el Estatus Jurídico del Cuidador del Adulto Mayor en Cuba*, Trabajo de Diploma presentado en la Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas, Santa Clara, 2012.

estricta o genérica de las características y funciones de quienes se dedican al cuidado de ancianos.

Existen dos tipos fundamentales de cuidador, el formal y el informal.⁷⁹ Se define al cuidador informal como: la familia y otras personas con lazos sanguíneos o no, encargados de brindar cuidados cuando el individuo pierde total o parcialmente la capacidad de su auto-cuidado. Al respecto J. GLEAN (2003) lo define como: la persona o familia que mantenga el contacto humano con el paciente incapacitado, el que a diario le satisface sus necesidades básicas, lo mantiene vinculado a la sociedad y lo provee de afecto. El cuidador informal es, además, la persona que proporciona la mayor parte de la asistencia y el apoyo diario a quien padece una enfermedad en el hogar.

Por su parte, el cuidador formal puede definirse como: toda aquella persona que cuida en forma directa a ancianos en diversos ámbitos, bien en el domicilio del adulto mayor o en una institución social del Sistema Nacional de Salud, esté o no capacitado, recibiendo algún tipo de pago o beneficio pecuniario por su actividad. Dentro de estos se encuentran los Asistentes de Servicios de Enfermería, el Asistente Social a Domicilio y el Cuidador de Enfermos.

Las figuras del Cuidador (informal) y el Tutor pueden coincidir en una misma persona, según lo establecido en el artículo 148 del Código de Familia, al declarar que la Tutela de los mayores de edad incapacitados, corresponderá por su orden: 1) al cónyuge; 2) a uno de los padres; 3) a uno de los hijos; 4) a uno de los abuelos; 5) a uno de los hermanos. El Tutor, además de actuar en nombre y en interés del Adulto Mayor, es decir, de ejercer la representación legal de estas personas, puede asumir también algunos deberes del Cuidador, tales como: asegurar la higiene del hogar y el desplazamiento de la persona, procurar su alimentación, aseo, medicación.

El ordenamiento jurídico cubano no regula la figura del Cuidador del Adulto Mayor, sin embargo existen muchos ancianos incapaces internos en centros asistenciales como los Hogares de Ancianos, que no cuentan con el apoyo de una familia y que

⁷⁹ DE LOS REYES, MARÍA CRISTINA, (2001), **Construyendo el concepto Cuidador de ancianos**. IV Reunión de Antropología del MERCOSUR. 19h. Foro de investigación: Envejecimiento de la población en el MERCOSUR. Curitiba, Brasil, pág. 4.

no tienen tutores, pues desde el punto de vista de la doctrina el director del centro solo es tutor de los ancianos incapacitados judicialmente; lo que nos lleva a la conclusión de que dicho director bajo esas circunstancias se convierte en un mero cuidador de ancianos y no en tutor de los mismos.

II.13. Los órganos de control de la Tutela. La Fiscalía y los Tribunales Populares

La Fiscalía General de la República es un órgano del Estado encargado del control y la preservación de la legalidad sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales. Tiene entre sus objetivos: el de proteger a los ciudadanos en el ejercicio legítimo de sus derechos e intereses y procurar el restablecimiento de la legalidad cuando sea quebrantada.⁸⁰ Por ello es de gran importancia que abordemos el papel que asume esta ante la institución de la Tutela.

Su función de velador de la legalidad le viene impuesta en el artículo 127 de la Constitución de la República y en el artículo 8 de la Ley 83 “De la Fiscalía General de la República” y su Reglamento, en la que se refieren a funciones tales como: ejercer en representación del Estado las acciones judiciales que correspondan conforme a la legislación vigente, en función del interés social y en su caso, en representación de menores, ausentes o incapaces; estas funciones específicas atribuidas al mismo como máximo velador de la legalidad, le permiten desempeñar el papel fundamental dentro de todo el sistema de control y supervisión de la protección de las personas con incapacidad y discapacidad correspondiéndole también al Fiscal el control de los centros que atienden a dichas personas.⁸¹

La representación del Fiscal a los incapacitados también se encuentra preceptuada en el artículo 60 del Código Civil Cubano cuando se trata de la labor de un representante ante los actos jurídicos de estas personas, el artículo 140 y 141 del Código de Familia Cubano en los casos de Tutelas, y el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Por su parte la Ley 83 (Ley

⁸⁰ Cfr.: **Constitución de la República de Cuba**. Artículo 127. Divulgación del MINJUS, La Habana.

⁸¹ Cfr.: **Ley 83 De la Fiscalía General de la República**. Gaceta Oficial Extraordinaria. La Habana. 14 de Julio de 1997.

de la Fiscalía General de la República), fue omisa en algunos aspectos de interés, y con la aparición a la par de ella del Departamento de Protección de los Derechos Ciudadanos, fue emitida en complemento la Instrucción No.11/99 relativa a la Intervención del Fiscal en aquellos asuntos civiles, de familia, notariales, administrativos y la atención a los centros de menores sin amparo filial y en desventaja social, a partir de lo cual se reconoció en su POR TANTO SEGUNDO la especial atención que deberá dedicar el Fiscal a las gestiones extra-judiciales y judiciales que le competan relacionadas con menores y Adultos Mayores declarados o no judicialmente incapaces, carentes de representación legal o cuando los intereses de estos sean contrapuestos con los de su representado.

El estudio que se realizó referente a las Tutelas arrojó que realmente no se hace un efectivo control por parte del Órgano Judicial y del Ministerio Fiscal a los tutores. El Código de Familia Cubano establece la obligación del tutor de rendir cuenta al Tribunal⁸² acerca de su gestión por lo mínimo una vez al año, sin embargo en la práctica aunque esta rendición se realiza, realmente no es suficiente, pues se han presentado disímiles irregularidades en lo que a la labor del tutor se refiere, como por ejemplo la no atención por parte de este al tutelado, el abandono propiamente dicho, por lo que debería establecerse en la ley la obligación del Tribunal ya no solo de oír la rendición de cuentas de los tutores sino de que el juez constate por sí mismo el cumplimiento de los deberes que esta institución jurídica demanda, sea a través de investigaciones en la comunidad o por análisis ocular.

Por otro lado, el conocimiento por el Fiscal de hechos y conductas denigrantes cometidas por los tutores contra el anciano o la promoción de algún proceso encaminado o con el propósito final de afectar el patrimonio y los intereses del Adulto Mayor incapacitado recibe la negativa de su interposición con dictamen debidamente fundamentado y a su vez la solicitud al Tribunal competente para la remoción del cargo de tutor por haber incumplido las obligaciones impuestas en la Ley.

⁸² Cfr.: **Código de Familia de la República de Cuba, (1999)**, Op., Cit. Art. 158: El tutor debe informar y rendir cuentas de su gestión al tribunal por lo menos una vez al año, en la oportunidad que ésta le señale. Deberá hacerlo además, cuantas veces el propio tribunal así lo disponga. Asimismo, notificará al tribunal sus cambios de domicilio.

A diferencia de los asuntos en materia de menores donde existe toda una metodología para la tramitación de los mismos, así como una legislación que la ampara y donde por demás existe un Fiscal Municipal dedicado a tales funciones, cosa diferente ocurre respecto al tratamiento dispensado a los Adultos Mayores que se encuentran en un estado de vulnerabilidad social, donde no se reconoce procedimiento alguno por parte del fiscal para la protección efectiva de sus derechos, ya que la Instrucción No.11/99 solamente se dedicó a enunciar la protección y atención a tales personas, pero nunca a explicar el procedimiento a seguir para cumplimentar lo anteriormente comentado, teniendo en cuenta que la Ley adjetiva solo ofrece la posibilidad al Fiscal de representar al Estado ausente, menores e incapaces en el caso de que estos últimos estén desprovistos de tutor. En la legislación cubana se deben crear normas más completas que abarquen todos los procedimientos a seguir para brindarles una protección más completa a estas personas.

Al ser la Tutela Asistencial *ex lege* y no requerir trámite judicial alguno para su constitución no se cuenta un control efectivo por parte de la Fiscalía hacia estas personas, ya que dentro de las funciones de la misma se encuentra darle continuidad a aquellos actos, como la Tutela ordinaria, que se constituyeron en el Tribunal para velar por su buen funcionamiento y su legalidad; queda entonces fuera del ámbito de protección la Tutela Asistencial. Sin embargo, el que no esté determinado el procedimiento a seguir para darle fiscalización a ese tipo de acto no quiere decir que no se realicen tareas encaminadas a suplir esa deficiencia; ya que el Fiscal también se encarga de proteger a aquellos Adultos Mayores que por razón de su incapacidad se vean impedidos de poder realizar actos de disposición, dominio o enajenación de sus bienes o así como aquellos que le resultan necesarios en su vida, hasta tanto se les provea de tutores y en tal sentido profundiza en cada una de las investigaciones que realizan con la finalidad de poner a conocimiento del órgano jurisdiccional los elementos imprescindibles en garantizar una adecuada protección al anciano teniendo en cuenta sus bienes e intereses.

Estos sujetos están desprotegidos también por parte del Tribunal, ya que al no constituirse la Tutela Asistencial en el mismo, este no cuenta con un mecanismo de

control que le permita dar la debida protección a estas personas. La principal forma de constatar el cumplimiento de las funciones del tutor y su correcta administración sobre los bienes del tutelado es mediante la rendición de cuentas que el tutor realiza frente al Tribunal anualmente; sin embargo, en el caso de la Tutela Asistencial esto no sucede, pues al constituirse fuera del ámbito judicial los directores no rinden cuenta al Tribunal, quedando una vez más desprotegido el patrimonio de los ancianos sujetos a este tipo de Tutela. Si tenemos en cuenta que en el estudio realizado a los cuatro Hogares de Ancianos del municipio de Santa Clara se confirmó la existencia solo de dos casos de ancianos incapacitados bajo el régimen de Tutela Asistencial, se puede afirmar que es muy escaso el número de ancianos que realmente cuentan con una protección en el municipio, al tener designado como tutor al director del centro.

Otra de las funciones de control que ejerce el Tribunal es la relativa al registro de Tutelas, encargándose de examinarlas anualmente y de tomar las medidas pertinentes en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas a la misma. Dicha función está regulada en los artículos del 162 al 166 del Código de Familia Cubano, donde se hace referencia a la fiscalización de la Tutela, quien deberá hacerse cargo del cuidado de los libros, los asientos y expedirá las certificaciones, así como el contenido de cada registro de Tutela.

II.14. Diseño metodológico sobre la Tutela Asistencial, eficacia normativa

La investigación plantea el siguiente Problema científico: ¿Qué deficiencias legales posee la Tutela Asistencial sobre el Adulto Mayor incapacitado reconocida en el ordenamiento familiar cubano, que influyen en su ejecución práctica?

Para dar una probable respuesta al mismo la Hipótesis es: No existe un tratamiento jurídico adecuado de la Tutela Asistencial de los Adultos Mayores incapacitados, lo que incide en la protección a estos sujetos en Cuba.

La investigación tuvo como objetivo general: valorar la aplicabilidad de la Tutela Asistencial y su eficacia normativa a partir de su incidencia en la práctica.

El objeto de investigación: La Tutela Asistencial del Adulto Mayor incapacitado.

Campo de investigación: 4 Hogares de Ancianos del municipio de Santa Clara.

Universo:

- Adultos Mayores internos en Hogares de Ancianos.
- Directores de Hogares de Ancianos.
- Jueces especializados en la actividad del Derecho de Familia.
- Fiscales especializados en la actividad del Derecho de Familia.

VARIABLES:

Independiente: Inexistencia de un tratamiento jurídico adecuado a la tutela.

Dependiente: Protección de los adultos mayores internos

Indicadores: La aplicación de todos los instrumentos para la recolección de los datos llevó a conformar los siguientes indicadores en la investigación: edad, sexo, tiempo en la institución, protección patrimonial, motivo de internamiento, nivel de capacidad de los ancianos, forma de cobrar la pensión por jubilación, conocimiento de la Tutela Asistencial, así como su regulación en el ordenamiento jurídico cubano, sobre quien debe ser nombrado tutor y quienes están sujetos a este tipo de Tutela, protección a su patrimonio y el control por parte de la Fiscalía hacia los mismos.

Los instrumentos aplicados fueron:

- La observación directa a Adultos Mayores internos en establecimientos asistenciales.
- Entrevista exploratoria a asistentes sociales de Hogares de Ancianos
- Entrevista a directores de hogares de ancianos
- Entrevista a Fiscales
- Entrevista a Jueces

Los principales indicadores verificables (objetivos) se dividieron en estos 3 sujetos:

- Fiscales: donde era de interés conocer: si tienen un dominio sobre la Tutela Asistencial, verificar la aplicabilidad o no de dicha institución y la intervención de este sujeto en la misma.
- Jueces: en lo que se midió el nivel de conocimiento sobre esta Tutela, la forma de constitución de la misma y su control.
- Directores de los Hogares de Ancianos de los cuales se planteó como objetivo verificar su conocimiento sobre la Tutela Asistencial, su contenido y control, así como

la constitución de esta en el centro y las funciones que deben ejercer como tutores; y los ancianos internos en estos centros, con el fin de conocer sobre el cuidado recibido en este lugar, tanto sobre su persona como a sus bienes.

Durante la investigación se utilizaron métodos cualitativos para recoger los datos como son: la observación científica y la entrevista estructurada y semi-estructurada. Para analizar los datos recogidos y validarlos a través de revisiones reiteradas, se realizó análisis de contenido en los casos en que fue preciso. También se utilizó el método cuantitativo, lo que hizo posible que se resumieran las variables a través de los diferentes instrumentos aplicados utilizando la conformación de tablas de distribución de frecuencias con valores absolutos (número de casos) y relativos (por ciento). Además se determinaron algunas medidas descriptivas como media, mediana, mínimo, máximo desviación estándar y el intervalo de confianza del 95 % en las variables cuantitativas que lo requieran para su mejor presentación. También se crearon gráficos para demostrar relaciones entre variables.

Con respecto a los instrumentos se debe tener en cuenta que se aplicó una entrevista a las Trabajadoras Sociales de los cuatro Hogares de Ancianos donde se exploraron aspectos tales como: el nivel de capacidad de los Adultos Mayores, la existencia de un control por parte de la Fiscalía hacia esos centros y las funciones que deben ejercer los tutores. (Ver Anexo 1).

También se realizó una observación especializada a cada Hogar de Ancianos para constatar el funcionamiento de los mismos, la atención recibida por los ancianos y el estado de las instalaciones. (Ver Anexo 3). Además se utilizó una guía de entrevista estructurada, (Ver Anexo 4), se revisó la recogida de datos y en algunos casos se volvió a conversar con los ancianos entrevistados a los efectos de profundizar en algunos aspectos para obtener mejor validación de los datos y elaborar una información más detallada del problema objeto de estudio.

Para conocer la dinámica de funcionamiento de las instituciones, se les aplicó a los directores de los cuatro Hogares de Ancianos una entrevista semi-estructurada (Ver Anexo 6), donde se recogen los aspectos medulares relacionados con la labor primordial motivo de estudio. Dicha entrevista se realizó en un ambiente cordial y privado para mejor recepción de los datos y los cuales fueron sometidos a validación

cuantitativa por revisión reiterada de las respuestas y donde en determinados casos se hicieron preguntas colaterales para demostrar la veracidad de las respuestas. Se aplicó a los especialistas u operadores del Derecho, tales como: jueces y fiscales, un cuestionario donde se recogen variables relacionadas con el conocimiento de la Tutela Asistencial (Ver Anexo 7). Para que todo esto fuera posible se tomó como universo un total de 273 Adultos Mayores internos en los 4 Hogares de Ancianos del municipio de Santa Clara en el presente año 2013, y se tomó una muestra aleatoria estratificada por hogar de 68 casos que representan el 25 % del total; los cuales fueron entrevistados bajo condiciones de privacidad y cordialidad.

Para dar continuidad al proceso investigativo se hace necesario hacer un análisis de los resultados más importantes resumidos a partir de la aplicación de los instrumentos para recogida de datos y su posterior procesamiento estadístico.

II.14.1. Análisis de resultados

Se constató mediante la guía de observación que se hace lo posible en los Hogares para darles una adecuada alimentación a los ancianos, sin embargo estos se encuentran descontentos con la misma. Además reciben un vasto suministro de medicamentos y no presentan signos de desatención ni de maltrato; sin embargo el estado de las instalaciones es pésimo, ya que salta a la vista el deterioro del lugar y existen dificultades con el agua, hay tupiciones en los baños y hay cuartos que no tienen fluido eléctrico por la carencia de bombillos.

Del estudio realizado se infiere que la edad que predomina es de 80 años y más (con 16 casos que representa un 53,3 %), lo que evidencia que más del 50 % de los entrevistados que asisten a los Hogares de Ancianos tienen 80 y más años. Entre las mujeres la edad promedio es de 80,5 años con una variabilidad de 7,5 años, mientras que entre los hombres la edad promedio es más baja con 78,1 años y una variabilidad mayor que es de 8,3 años. Como promedio, los ancianos en instituciones tienen una edad promedio de 79,3 años con variabilidad de 7,9 años (Anexo 5, tabla 2). Además como promedio los ancianos entrevistados tiene una edad promedio de 79,1 años, con una variabilidad de 7,8 años que parte de un valor mínimo de 63 años y máximo de 92. El 95% de los ancianos entrevistados tienen edades que oscilan

entre 76,3 y 82 años. El tiempo promedio en la institución es de 8 años con una variabilidad de 3,9 años con valores que oscilan desde un mínimo de 4 años y un máximo de 15. El 95 % de los ancianos tiene edades entre 6,8 y 9,4 años (Anexo 5, tabla 3).

Con respecto a la esfera patrimonial el 86,8 % recibe pensión por jubilación, de ellos 30 lo cobran personalmente, 20 mediante el mensajero de la institución y 8 a través de un familiar o amigo (Anexo 5, Gráfico 2). Además se comprobó que 36,8 % de los ancianos están internos en estos Hogares porque los miembros de su familia trabajan y no pueden hacerse cargo de ellos, siendo este el motivo de mayor frecuencia; el 33,8 % lo están porque no tienen familia, el 10,3 % por la mala situación económica en la que se encuentran, mientras que el 8,8 % es por no tener vivienda o encontrarse en mal estado o ser deambulante, y el 4,4 % son por encontrarse en una situación de violencia hacia su persona. (Anexo 5, Tablas 4 y 5). Se debe tener en cuenta que estos datos no son excluyentes, es decir, hay entrevistados que coincidieron con más de un motivo de internamiento.

Como resultado de las cuatro entrevistas realizadas a los directores de los Hogares de Ancianos se constató que los mismos llevan 5 años como promedio ejerciendo sus funciones en dichos centros. Tienen conocimiento sobre la institución de la Tutela Asistencial y están conscientes de la responsabilidad que tienen como representantes de la institución, pero no lo diferencian de la responsabilidad que ostentan como tutores de los ancianos incapacitados que se encuentren en el centro. También se comprobó que de los 4 Hogares de Ancianos solo en dos de ellos se configura lo relativo a la Tutela Asistencial, ya que hay dos casos de personas sujetas a este tipo de Tutela, donde funge como tutor el director del centro donde se encuentra interno el anciano incapacitado que no está sujeto al régimen de Tutela ordinaria. Dentro de las principales funciones que realizan estos directivos se encuentran: velar por un buen cuidado de los ancianos, que reciban una adecuada alimentación y aseo personal, así como realizar una correcta administración de sus bienes si los poseyera y de la pensión por jubilación que reciba.

Afirman los directivos que para lograr un manejo adecuado de dicha pensión se crea una comisión integrada por 1 secretario del Consejo de Ancianos, 1 militante del

Partido Comunista de Cuba, la trabajadora social y un compañero del cuarto donde reside el anciano; es la encargada de destinar el dinero de ese anciano a cubrir sus principales necesidades, cuyos gastos se van archivando en un expediente creado al efecto. Se pudo constatar que no existe en dichos Hogares una forma de protección al patrimonio de los ancianos que son incapaces, pues esta responsabilidad se delega en la familia a quienes consideran responsables también de promover ante el Tribunal el proceso de incapacitación de los ancianos. Como otro resultado de la entrevista realizada se encuentra el insuficiente control por parte de la fiscalía a estos Hogares, ya que en un período de 2 años solo recibieron dos visitas de este sector los Hogares número 3 y 4.

Como resultado del cuestionario aplicado a 7 fiscales (48,7 %) y a 8 jueces (53,3 %) se obtuvo que entre los fiscales el promedio de años de experiencia fue de 14,1, con un mínimo de 1 año y un máximo de 35 años. Entre los jueces la experiencia es de una media de 8,2 años en esta labor, con un mínimo de 1 y un máximo de 19. Además, 5 de los fiscales entrevistados y 6 de los jueces tienen un adecuado conocimiento sobre la Tutela Asistencial y 2 del resto de jueces y fiscales tienen un inadecuado conocimiento. Por su parte, el 73,3 % concuerda en que la Tutela Asistencial se constituye de forma automática, sin que sea necesario realizar trámites judiciales, mientras que el 26,7 % planteó que se constituía mediante un proceso de jurisdicción voluntaria. El 46,7 % está a favor de que los incapaces pueden estar sujetos a este tipo de Tutela, 13,3 % a favor de los Adultos Mayores, el 20,0 % para los menores de edad no sujetos a la Patria Potestad; mientras que el 86,7 % afirma que son sujetos los menores de edad internos en centros asistenciales, de educación o reeducación no sujetos a la Patria Potestad y los mayores de edad incapacitados internos en centros asistenciales no sujetos a Tutela. Con respecto a quién debe ser nombrado tutor el 86,7 % afirma que debe ser el director del centro, mientras que el 6,7 % no responde o afirma que otras personas. También el 26,6 % concuerda con que existe una protección con respecto al patrimonio de los ancianos incapaces mientras que el 46,6 % afirma que estos se encuentran desprotegidos, y el 20,0 % no contestó las interrogantes el 60,0 % afirmó la existencia de un control insuficiente por

parte de la fiscalía hacia la institución y un 40,0 % un control suficiente. (Anexo 8, Tablas 6, 7 y 8).

Del estudio empírico realizado mediante la presente investigación se derivan las siguientes **conclusiones**:

- Resulta insuficiente la regulación jurídica relativa a la protección del Adulto Mayor, especialmente sobre su patrimonio.
- No existe un conocimiento vasto por parte de los directores de los Hogares de Ancianos con respecto a las funciones que deben desempeñar como tutores de los ancianos incapacitados internos en el lugar.
- Los Hogares de Ancianos no cuentan con control sistemático por parte de la Fiscalía que requiera de ellos un mejor funcionamiento.
- Solo una minoría de los operadores del Derecho entrevistados mostró no tener un conocimiento adecuado sobre la Tutela Asistencial, al no estar al corriente de la esencia de la institución, su forma de constitución, y los sujetos sobre los que recae la misma.
- También se cataloga de baja la frecuencia con la que se aplica esta institución, pues de un total de 33 ancianos incapaces en el municipio de Santa Clara, solo hay 2 casos en los que se configuró la Tutela Asistencial asumiendo la tutoría de estas el director del centro.
- Son los Adultos Mayores de estas instituciones los que se encuentran en un alto grado de vulnerabilidad al estar afectados por factores tales como: la edad, la separación de la familia, la separación del ámbito laboral al estar jubilados, y presentar algún tipo de enfermedad, ya sea física o mental.
- Existe una mayor prevalencia del llamado “cuidador institucional” que de la figura del tutor, ya que al ser gran parte de los ancianos incapaces, el director del centro solo puede ejercer sus funciones como cuidador de los mismos, pero no como su tutor, pues esto lo es solo de los incapacitados.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La discapacidad, al igual que la adultez mayor, no lleva implícita la incapacidad jurídica civil del Adulto Mayor, pues un anciano puede estar discapacitado físicamente, pero no está limitado para ejercer sus derechos y obligaciones. Sin embargo, tanto la discapacidad como la incapacidad conducen al anciano a un estado de dependencia, tributario de instituciones de guarda que ofrezcan protección a estos sujetos.

SEGUNDA: La Tutela es una institución que tiene por objeto la protección y cuidado de las personas y del patrimonio de los que por su incapacidad, están imposibilitados de gobernarse a sí mismos. Está integrada por un conjunto de normas y preceptos, que estructuran y regulan la atención y la asistencia de los jurídicamente incapaces. Guarda relación con la Tutela Asistencial en cuanto a su objetivo o finalidad; ya que ambas están encaminadas a darles protección a los menores de edad y mayores incapacitados, así como los deberes, facultades y obligaciones que implica el cargo, pero también difieren por su origen, constitución, requisitos y efectos; por lo que no se debe confundir ambas instituciones.

TERCERA: La Tutela Asistencial es reconocida en el ámbito foráneo, es regulada generalmente en los Códigos Civiles y aplicada sobre la figura del menor de edad no sujeto a la Patria Potestad, haciendo omisión a los ancianos incapacitados en varios países, entre ellos México, si bien otros como España la admiten en cuanto al Adulto Mayor.

CUARTA: En el ordenamiento interno cubano no existe una definición de la Tutela Asistencial, sino que se limita a instaurar cuáles son las personas que deben quedar sujetas a ella y quién se debe nombrar como tutor de las mismas, así como los requisitos para su configuración. La misma no es más que la ejercida por el director del centro asistencial donde se encuentra interno el anciano incapacitado y no sujeto al régimen de Tutela ordinaria. Se caracteriza por tener un carácter subsidiario, por su obligatoriedad y por no precisar para su constitución de trámite judicial alguno; deviene automáticamente.

QUINTA: La Tutela Asistencial presenta deficiencias en su formulación en el Código de Familia en tanto no prevé requisitos para el nombramiento, no está sujeta por ley a la supervisión y control, solo se centra en la figura del director del establecimiento y no en otros sujetos que laboran en la institución, no establece formas de extinción, la remoción no se contempla pues se asocia al cargo administrativo, lo que contradice el carácter legal de la misma que viene regulada por normas de índole administrativo y asistencial del Ministerio de Salud Pública.

SEXTA: Existe una baja aplicabilidad de la Tutela Asistencial en el municipio de Santa Clara, escogida para el estudio, lo que queda demostrado al existir en los Hogares de Ancianos pertenecientes al mismo solo dos casos en los que la misma se constituyó; esto trae como consecuencia el desconocimiento de los directores destinatarios de la Tutela, los ínfimos niveles de procesos de jurisdicción voluntaria de incapacitación de Adultos Mayores, predominando la figura del cuidador, más reconocibles por los sujetos que operan en estas instituciones, desde el desempeño de sus funciones asistenciales, que la del tutor, lo que incide en la representación legal del Adulto Mayor y la protección de su persona y patrimonio. Tales elementos permiten afirmar la baja eficacia de la norma jurídica familiar que regula el instituto estudiado.

RECOMENDACIONES

En el orden legislativo:

A la Fiscalía General de la República de Cuba:

- Emitir Instrucción que establezca el control con carácter obligatorio de los Hogares de Ancianos, supervisando la existencia de enfermedades u otras causales de incapacidad y la atención adecuada de los ancianos, así como exigir la rendición de cuentas sobre su patrimonio a los tutores institucionales, en su función tuitiva sobre este sujeto.
- Incluir en el anteproyecto de Código de Familia una regulación más exhaustiva y detallada de la Tutela Asistencial.

En el orden didáctico:

- Capacitar a los directores de los Hogares de Ancianos con vistas a que tengan un mejor conocimiento de la institución.
- Realizar acciones de divulgación sobre el contenido y regulación jurídica de la institución de Tutela Asistencial.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS BIBLIOGRÁFICOS:

1. ACOSTA SÁNCHEZ MARÍA E., GARCÍA GONZÁLEZ MATILDE, (2004), ***Psicología General y del desarrollo***, Editorial Deportes.
2. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, MARIANO: ***"La Tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho Internacional Privado"***. Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1766.
3. ALBALADEJO MANUEL, (1997), Curso de Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona.
4. ***Anteproyecto de Código de Familia del 2004***. Disponible en: Fiscalía Provincial de Villa Clara.
5. ARGONÉS ROSA, ***Constitución de la Tutela, nombramiento del Tutor, inventario y fianza***, Disponible en Word Wide Web: <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/ggm3.html>. (Consultado el 18/3/2013)
6. BELLUSCIO AUGUSTO, (2004) ***Derecho de Familia, Tomo II***, Editorial: Astrea, 7ma edición actualizada y ampliada.
7. BERMÚDEZ F. DAISY Y., CHACÓN FRANCO, Y OTROS, (2005), ***Clases de Tutela***, disponible en Word Wide Web: <http://www.monografias.com/trabajos35/tutela/tutela.shtml>, (Consultado el 7/1/2013)
8. BULTÉ FERNÁNDEZ J., CUEVAS CARRERAS D., YÁNEZ ROSA M., (1982), ***Manual De Derecho Romano***, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.
9. CABRERA FORNEIRO J. Y FUERTES ROCAÑÍN JC. (1994) ***La enfermedad mental ante la ley***. Editorial ELA. Universidad Pontificia Comillas, Madrid.
10. CAFFERATA JOSÉ I, (1978), ***La guarda de menores***, Editorial Astrea.

11. CANTORE HUGO (2000), **Causas y consecuencias de la discapacidad**, Disponible en Word Wide Web: <http://www.slideshare.net/julius8a/tipos-de-discapacidad-3558629>
12. CASADO, D. (2007): **Efectos y abordajes de la dependencia: Un análisis económico**. Editorial: Masson, S.A. (Colección Economía de la Salud y Gestión Sanitaria).
13. CASTÁN TOBEÑAS, J., (1988), **Derecho Civil Español, Común y Foral**, Tomo tercero, Editorial Reus, Madrid.
14. CASTILLO MESA OLGA, (1998.) **Orientaciones para el estudio de Derecho de Familia**. Editorial Félix Varela, La Habana.
15. CIZUR MENOR N., QUESADA GONZÁLEZ, M. (2004;): **Tutela y otras instituciones de protección de la persona**, Editorial: Atelier, Barcelona.
16. CLEMENTE DÍAZ TIRSO, (1983), **Derecho Civil. Parte General**, Tomo II, Primera parte, Editorial Universitaria, EMPES, La Habana.
17. COLECTIVO DE AUTORES, (2003), **Definiciones de discapacidad y criterios de inclusión y exclusión en el estudio. Estudio clínico genético de las personas con retraso mental**. Editorial Abril. La Habana.
18. COLECTIVO DE AUTORES. (1995). **Las Personas Mayores en España. Perfiles: Reciprocidad familiar**. Editorial INSERSO. España.
19. COLECTIVO DE AUTORES. (2003). **Selección de lecturas sobre Psicología de las Edades y la Familia**. Editorial: Félix Varela", La Habana, Cuba.
20. COLECTIVO DE AUTORES. (2004) **Envejecimiento de la población, Cuba y sus territorios**. Editorial ONE.
21. DE CASTRO Y BRAVO, F: (1952), **Derecho Civil de España**, Libro Preliminar. Introducción al Derecho Civil Parte General I. Editorial: Instituto de Estudios Políticos, (3ra edición). Madrid.
22. DE LOS REYES, MARÍA CRISTINA, (2001), **Construyendo el concepto Cuidador de ancianos**. IV Reunión de Antropología del MERCOSUR. 19hh. Foro de

investigación: Envejecimiento de la población en el MERCOSUR. Curitiba, Brasil.

23. DEVESA COLINA E. (1992) **Geriatría y Gerontología. El anciano cubano**. Editorial Científico Técnica, La Habana.
24. DEVESA COLINA E. (1993) **El envejecimiento como problema**. Revista Cubana de Salud Pública 19(2).
25. DÍAZ VALDÉS C. DEL CARMEN (coordinadora), (2006), **Derecho Civil Parte General**, Editorial Félix Varela, La Habana.
26. Diccionario de la lengua española © (2005) Espasa-Calpe, disponible en Word Wide Web: <http://www.wordreference.com/definicion/incapacidad>, (Consultado el 20/2/2013).
27. Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © (2007) Larousse Editorial, S.L., disponible en Word Wide Web: http://www.ibertalleres.com/web_juridica/cap2/26.htm (Consultado 9/1/2013).
28. DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTERO, A., (1984), **Sistema de Derecho Civil**, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid.
29. ECHEMENDÍA PÉREZ M., FERNÁNDEZ ARZOLA J., (2009), **Expresiones y Términos jurídicos**, Editorial Oriente, Santiago de Cuba.
30. ESCAMILLA MORALES, B. (2000). **Aspecto personal de las instituciones protectoras de las personas discapacitadas**. En Revista del Poder Judicial, Digitalizada.
31. ESTRADA RODRÍGUEZ, M. **La Representación legal al Adulto Mayor**, Tesis presentada en opción al grado científico de especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia, Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas, Santa Clara, 2013.
32. FUENTES G. ÁNGEL, (1990), **Trastornos de Depresión y Ansiedad**, México. Citado por GLORIA OSORIO CRUZ en la Tesis para obtener el título de Trabajador social, "Abandono del Adulto Mayor en la casa de la Tercera

- edad dependiente del sistema**", presentada en el Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades, Área académica de Trabajo Social, en la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho/libros/pdf> (Consultado el 27 /3/2013).
33. FUENTES PÉREZ GISELA, (1989), **Separata de Derecho Civil. Parte General**, Editorial: Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.
34. GALIANO MARITÁN, G., (2012), "**La Tutela. Valoraciones sobre su regulación y aplicación en el ordenamiento familiar cubano**", en Contribuciones a las Ciencias Sociales, Disponible en Word Wide Web: <http://www.eumed.net/rev/cccss/20> (Consultado el 20/3/2013).
35. GETE ALONSO, M. DEL CARMEN, (1997,) **Manual de Derecho Civil**, Tomo I, Editorial: dirigido por LUIS PUIG I FERRIO y MARCIAL PONS, Madrid.
36. GLOSARIO, ANEJO, (2002). **Las Personas Mayores en España. Datos Estadísticos estatales. Vol I. Observaciones de Personas Mayores**, Madrid. Disponible en Word Wide Web: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/estadisticas/informemayores/2002/pdf>. (Consultado el 11/2013)
37. GÓMEZ RAMOS M. J., VALVERDE GONZÁLEZ M. (2004) **.El cuidador del paciente con demencia: aplicación del Test del esfuerzo del cuidador**. Revista Española de Geriatria y Gerontología: Órgano Oficial de la Sociedad Española de Gerontología y Geriatria. ISSN 0211-139, Vol. 39 N 3.
38. GONZALES SÁNCHEZ RL. (1998) **Evaluación Médico-social de los ancianos con demencia**. Revista Cubana de Medicina General Integral.14 (3).
39. GUILLOT LEONSEGUI ROSA A., (2000) (profesora titular de Derecho Civil), **Consideraciones generales sobre la Tutela como fórmula jurídica de protección**, Editorial: UNED (España).
40. Informe (2002). **Las personas mayores en España**. Datos estadísticos estatales. Vol.I. Disponible en Word Wide Web:

<http://www.imfersomayores.csic.es/documentos/estadisticas/informe-mayores/2002/inf2002pdf/vol1/glosario.pdf> (Consultado 3/5/2013)

41. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y otros catedráticos de Derecho Civil. (1997), ***Derecho de Familia***. Editora José María Bosch. Barcelona. España.
42. LEÓN GARCÍA, LIUVA. ***La pluralidad del régimen tuitivo de los adultos mayores ante el deterioro de la capacidad física y mental***. Tesis presentada en opción al título de especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia. Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas, Santa Clara, 2010.
43. MANRESA, (1957) ***Comentarios al Código Civil Español***, Tomo II, Séptima edición, Madrid.
44. MARITAN GALIANO G., (2010) ***La Tutela y la Curatela. Preposiciones de Lege Ferenda en el ámbito civil y familiar cubano***. Disponible en Word Wide Web: <http://www.derechoycambiosocial.com> (Consultado el 18/3/2013).
45. MARTÍNEZ DÍE, R., (2002), ***Instituciones de Derecho Privado***, Tomo IV, Volumen 2, Familia. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho/libros/pdf> (Consultado el 20/2/2013).
46. Nueva clasificación de discapacidades de la OMS, denominada ***Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud*** (CIF), adoptada durante la 54ª Asamblea Mundial de la Salud (Ginebra 14-22 Mayo de 2001) con el objetivo de brindar mundialmente un lenguaje unificado y estandarizado del concepto de discapacidad. Disponible en Word Web Wide: <http://www.imfersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas-libroblancodependencia-01.pdf>. (Consultado el 20/2/2013)
47. OROSA, T. (2000): ***La Tercera Edad y la Familia. Una mirada desde el Adulto Mayor***", Editorial Félix Varela, La Habana.
48. PATROCINIO, (2004), ***Incapacidad, algunos aspectos doctrinales***, Disponible en: Word Wide Web:

<http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Incapacidad&oldid=61361193>»,

(Consultado el 20/2/2013).

49. PERAL Y COLLADO, DANIEL A, (1980) **Derecho de Familia**. Editorial Pueblo y Educación.
50. PÉREZ ROCA DARIOSKY, **el Estatus Jurídico del Cuidador del Adulto Mayor en Cuba**, Trabajo de Diploma presentado en la Universidad Central “Marta Abreu” de las Villas, Santa Clara, 2012.
51. PIAZUELO TENA ISAAC, (Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza) **Panorama de la Guarda Administrativa de Menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996**. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho/libros/pdf> (Consultado el 20/2/2013).
52. PINA DE RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, citado por: KIELMANOVICH L. JORGE, BENAVIDES DIEGO (compiladores), (2008), **Obra dedicada a la primera promoción de Taller de Derecho Procesal de Familia**, Editorial Jurídica Continental.
53. PORTAL MAYORES. (2007). **“Glosario especializado en Geriatría y Gerontología”**. Disponible en Word Wide Web: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentacion/glosario/2007/glosario.pdf> (Consultado 11\3\2013).
54. PORTERA SÁNCHEZ A. (1998) **Estudio clínico de las demencias**. Revista Clínica Española 183(5).
55. PRINCE M., 2000, **Methodological issues for population based research into dementia in developing countries. A position paper from the 10/66 Dementia Research Group**. International Journal of Geriatric Psychiatry (15).
56. **Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad**, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 3 de diciembre de 1982 en su resolución 37/52 (inciso c – definiciones 6-7-8).
57. QUEREJETA GONZÁLEZ, M. (2004). **Discapacidad/dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación**. Disponible en Word Wide Web:

http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO7174/Discapacidad_dependencia.pdf

(Consultado el 3/05/2013).

58. RODRÍGUEZ ARIAS, (1954) **La Tutela**, Editorial Barcelona.
59. RODRIGUEZ J, GUERRA HERNÁNDEZ M. (1999) **Enfermedad de Alzheimer. Situación actual y estrategias terapéuticas**. Revista Cubana de Salud Pública, 38(2).
60. SESMA BRENA INGID, (1999), **Intervención del Estado en la Tutela de Menores**. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho/libros/pdf> (Consultado el 20/2/2013).
61. SIBÓN OLANO, A. (2004): **Los Procesos de incapacitación en la Legislación Española**, CD ROM: Biblioteca del Poder Judicial de España.
62. TOLEDO CONCEPCIÓN LILIANA DE LA CARIDAD, (2009), **La protección patrimonial de los incapaces en la legislación civil y familiar cubana**. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho/libros/pdf> (Consultado el 20/2/2013).
63. VALENZUELA M. YOLANDA, (1996), **La Tutela Especial y la Tutela Específica**. Tesis presentada a la Honorable Junta Directiva de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos, Guatemala. Disponible en Word Wide Web: <ftp://cdict.uclv.edu.cu/Derecho/libros/pdf> (Consultado el 20/2/2013).
64. VEGA VEGA, J. L. (1996). **Desarrollo Adulto y Envejecimiento**. Editorial Síntesis Psicológica, Madrid.
65. YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (coord.), (1984). **Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares**, Editorial: ICAI, Madrid.

LEGISLACIÓN CONSULTADA:

Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992, en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 7 del 1 de agosto de 1992.

Ley 1289 de 1975 **Código de Familia de la República de Cuba**. (1999) Divulgación del MINJUS, La Habana.

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

Ley No 7 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. 1999, divulgación del Ministerio de Justicia. La Habana,

Ley No.59/1987, **Código Civil de la República de Cuba**, 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana.

Ley 39/2006 de **Promoción de la Autonomía Personal y Atención a personas en situación de dependencia**, (BOE 299 de 15 de diciembre de 2006). Disponible en Word Wide Web:
<http://www.imtersomayores.csic.es/documentos/legislacion/normas/doc-3383.pdf>

(Consultado 3/05/2013)

Código Civil Federal de México. Disponible en: Selección Legislativa de Derecho Constitucional. Intranet UCLV /sociales/derecho/pregrado/ disciplina jurídico básico /Legislaciones de otros países.

Código Civil Español. Disponible en: Selección Legislativa de Derecho Constitucional. Intranet UCLV /sociales/derecho/pregrado/ disciplina jurídico básico /Legislaciones de otros países.

Código Civil Italiano. Disponible en: Selección Legislativa de Derecho Constitucional. Intranet UCLV /sociales/derecho/pregrado/ disciplina jurídico básico /Legislaciones de otros países.

Código Civil Francés. Disponible en: Selección Legislativa de Derecho Constitucional. Intranet UCLV /sociales/derecho/pregrado/ disciplina jurídico básico /Legislaciones de otros países.

Reglamento General de los Hogares de Ancianos 2008. Disponible en el Departamento de protección al Adulto Mayor de Salud Provincial de Villa Clara.

ANEXOS

Anexo 1

Entrevista exploratoria a las trabajadoras sociales de los cuatro Hogares de Ancianos del municipio de Santa Clara.

1. ¿Cuál es su nombre?
2. ¿Cuántos años de servicio ha prestado a la institución?
3. Cantidad de Adultos Mayores en la institución.
4. De ellos cuántos están internos y cuántos semi-internos.
5. ¿Cuáles son los requisitos necesarios para ingresar en el Hogar?
6. ¿Cuáles son los principales problemas que se presentan a la hora del internamiento de los ancianos?
7. De los Adultos Mayores internos; ¿Cuántos presentan una discapacidad?
8. ¿Hay en el Hogar algún anciano incapaz o incapacitado?
9. ¿Quién es el Tutor de esa persona?
10. ¿Cómo se protege a la misma?
11. ¿Conoce o tiene contacto frecuente con los familiares de los Adultos Mayores internos en el Hogar?
12. ¿Qué obligaciones tiene la familia con respecto a estos ancianos internos?
13. ¿Qué obligaciones tienen los tutores con respecto a sus tutelados que se encuentran internos en el Hogar?
14. ¿Cómo se cubren las necesidades personales y patrimoniales de los ancianos internos en la institución?
15. ¿Cómo se protegen los bienes de los Adultos Mayores que ingresan en el Hogar?
16. ¿Qué actividades con fines recreativos y educativos se realizan en el centro?

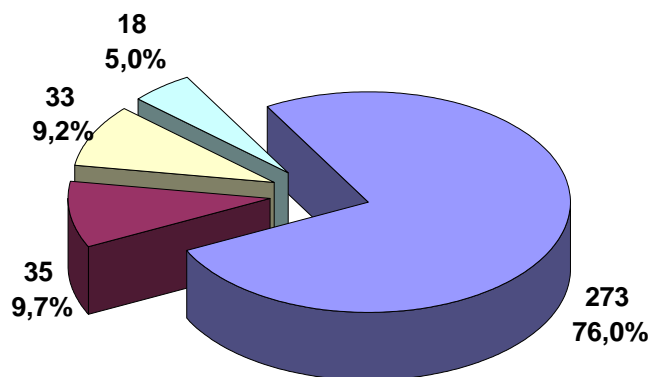
Anexo 2

Tabla 1. Niveles de capacidad en el Adulto Mayor que asiste a los Hogares de Ancianos.

Hogar	Matrícula	Internos	Diurnos	Discada- citados.	Incapaces	Ambos (D + I)
Hogar 1	103	100	3	10	11	4
Hogar 2	81	68	13	11	5	2
Hogar 3	97	86	11	12	11	10
Hogar 4	34	19	15	2	6	2
Total	315	273	42	35	33	18

Fuente: Entrevista a Trabajadoras Sociales

Gráfico 1. Nivel de capacidad de los Adultos Mayores en los Hogares de Ancianos de Santa Clara. Año 2013.



■ Capaces ■ Discapacitados ■ Incapaces ■ Ambos (Discap. + Incapac.)

Anexo 3

Guía de Observación realizada en los cuatro Hogares de Ancianos del municipio de Santa Clara. Año 2013.

Verificar cómo es la atención y las condiciones en la que se encuentran las instalaciones.

1. Déficit en la alimentación.
2. Signos de desatención (suciedad, abandono).
3. Suministro de medicamentos.
4. Inadecuado lugar donde duerme y permanece el anciano.
5. Signos externos de maltrato (golpes y marcas).
6. Estado de la instalación inadecuado (derrumbe, deterioro del lugar).
7. Problemas con la iluminación (cuartos oscuros por falta de bombillos).
8. Problemas con el sistema de acueducto (falta de agua por tuberías rotas en el Hogar).

Anexo 4

"Entrevista a los Adultos Mayores que permanecen internos en los Hogares de Ancianos del municipio de Santa Clara". Año 2013.

1. ¿Cuál es su edad?
2. ¿Qué tiempo lleva interno en la institución?
3. ¿Cuál es el motivo del ingreso?
4. ¿Tiene familiares o parientes? ¿Quiénes son?
5. ¿Recibe visita en la institución? ¿De quién?
6. ¿Cómo se siente en el centro?
7. ¿Recibe un trato adecuado por parte de los trabajadores del lugar?
8. ¿Recibe prestación económica de asistencia social? (pensión por jubilación)
9. ¿Cómo hace efectivo el cobro de la misma?
10. ¿Es propietario de algún inmueble?
11. ¿A su ingreso en el Hogar, trajo consigo algún bien?
12. ¿Cómo sufraga las necesidades que no satisface la institución?

Anexo 5

Resultados de la Entrevista a los Adultos Mayores que permanecen internos en los Hogares de Ancianos del municipio de Santa Clara.

Tabla 2. Edad de los ancianos entrevistados

Grupos de edades	Femenino		Masculino		Total	
	No.	%	No.	%	No.	%
60-64	2	6,4	4	10,8	6	8,8
65-69	3	9,7	4	10,8	7	10,3
70-74	4	12,9	6	16,2	10	14,7
75-79	6	19,4	7	18,9	13	19,1
80 y más	16	51,6	16	43,2	32	47,1
Total	31	45,6	37	54,4	68	100

Fuente: Entrevista al Adulto Mayor

Tabla 3. Medidas descriptivas para variables de interés entre los entrevistados

Variable	Media	Mínimo	Máximo	D.E.	I.C. 95%
Edad	79,1	63	92	7,8	(76,3 ; 82,0)
Tiempo en la institución	8,0	4	15	3,9	(6,8 ; 9,4)

Tabla 4. Esfera patrimonial de los entrevistados.

Esfera patrimonial	No.	%
Reciben pensión por jubilación	59	86,8
A su ingreso traían con ellos bienes muebles	20	29,4
Propietarios de inmuebles	7	10,3

Gráfico 2. Forma de hacer efectivo el cobro de la pensión por jubilación.

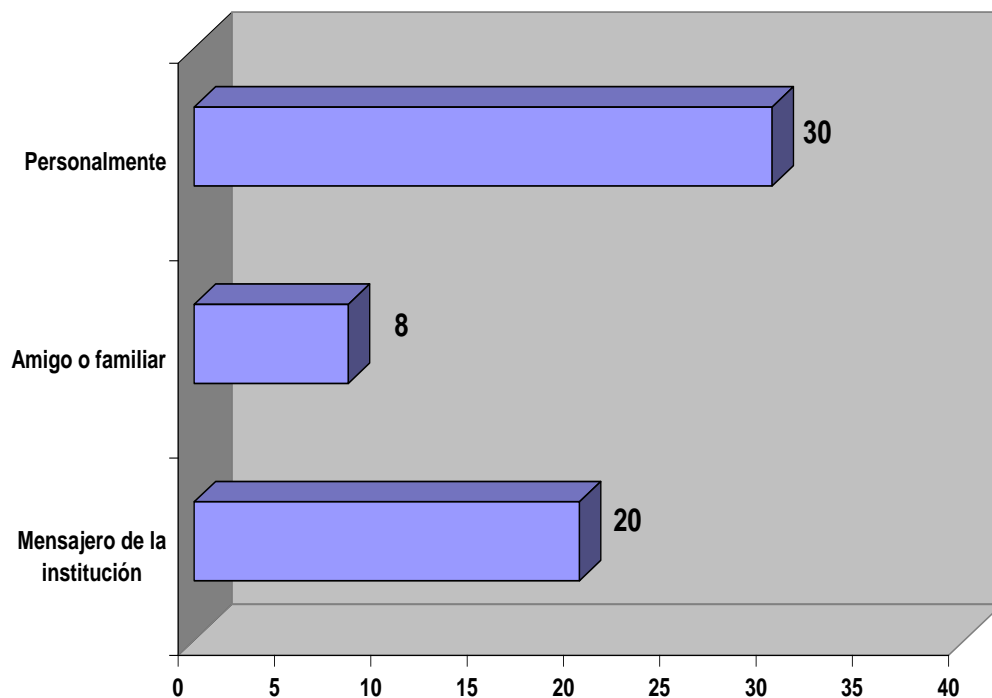


Tabla 5. Motivo de internamiento en los Hogares de Ancianos

Motivo	No.	%
La familia trabaja y no lo puede atender	25	36,8
No tiene familia	23	33,8
Escasos recursos económicos	7	10,3
No tiene casa o está en mal estado	6	8,8
Deambulante	6	8,8
Maltrato en el anciano	3	4,4

Fuente: Entrevista al Adulto Mayores

Anexo 6

Entrevista realizada a los directores de los cuatro Hogares de Ancianos del municipio de Santa Clara.

1. ¿Cuál es su nombre y cuántos años ha ejercido como director del centro?
2. ¿Conoce la institución de la Tutela Asistencial?
3. ¿Cómo se constituye esta institución y quién debe ser nombrado tutor?
4. ¿Ha sido promovida por el centro alguna incapacitación?
5. ¿Es tutor o lo ha sido alguna vez de un incapacitado interno en el centro?
6. ¿Conoce cuáles son sus funciones como tutor de los incapacitados?
7. ¿Cómo se protege el patrimonio de los incapaces que se encuentran internos en el Hogar?
8. ¿Cuántas visitas han recibido por parte de la fiscalía en los dos últimos años?

Anexo 7

Encuesta aplicada a jueces y fiscales sobre el conocimiento de la Tutela Asistencial.

Compañero (ra) en la Facultad de Derecho de la Universidad Central “Marta Abreu” estamos desarrollando un Trabajo de Diploma sobre el tema: “La Tutela Asistencial”, el que tiene como objetivo delimitar de forma empírica la regulación en Cuba de dicha institución, para ello necesitamos la información que al respecto nos puedan brindar especialistas y operadores del Derecho. Agradecemos de antemano su colaboración al responder este cuestionario.

1-Usted como jurista desempeña la función de:

a) ___Abogado b) ___Juez c) ___Fiscal

2-¿Cuántos años de experiencia tiene desempeñando tal ocupación? -----

3-¿Conoce UD qué es la Tutela Asistencial?

a) ___Sí b) ___No

4-De ser afirmativa su respuesta: Defínala -----

5-¿Es regulada en nuestro ordenamiento jurídico dicha Tutela?

a) ___Sí b) ___No

6-Mediante qué proceso se debe constituir la Tutela Asistencial.

7-¿Quiénes pueden quedar sujetos a este tipo de Tutela?

a) ___Incapaces

b) ___Adultos Mayores

c) ----- menores de edad no sujetos a la Patria Potestad

d)----- mayores de edad incapacitados que se encuentran internos en los centros asistenciales.

e)-----menores de edad internos en centros asistenciales de educación o reeducación no sujetos a la Patria Potestad

f)----- Otros. -----

8-¿Quién debe ser nombrado Tutor de estas personas?

9-¿Existe una protección al patrimonio de las personas sujetas a esta institución? -----

10-¿Cómo se desarrolla el control por parte de la fiscalía sobre dicha Tutela?

Muchas Gracias

Anexo 8

Resultados de la Encuesta aplicada a jueces y fiscales sobre el conocimiento de la Tutela Asistencial.

Tabla 6. Caracterización de los encuestados.

Función	No.	%	Años de experiencia		
			Media	Mínimo	Máximo
Fiscal	7	46,7	14,1	1	35
Juez	8	53,3	8,1	1	19
Total	15	100			

Fuente: Cuestionario aplicado a jueces y fiscales.

Gráfico 3. Conocimiento del concepto de Tutela Asistencial según la función que desempeñan.

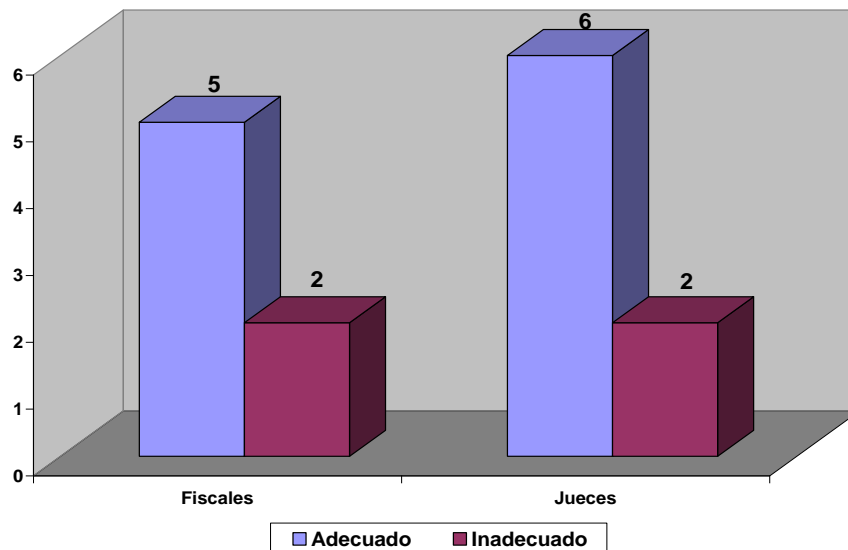


Tabla 7. Conocimientos generales sobre la Tutela Asistencial.

Aspectos a tratar		No.	%
I	Proceso mediante el cual se constituye la Tutela Asistencial en el ordenamiento jurídico cubano		
	a) Se constituye de forma automática, sin necesidad de trámites judiciales.	11	73,3
	b) Mediante un proceso de jurisdicción voluntaria.	4	26,7
II	Personas sujetas a este tipo de Tutela		
	a) Incapaces	7	46,7
	b) Adultos mayores	2	13,3
	c) Menores de edad no sujeto a la Patria Potestad	3	20,0
	d) Mayores de edad incapacitados internos en centros asistenciales no sujetos a Tutela.	13	86,7
	e) Menores de edad internos en centros asistenciales, de educación o reeducación no sujetos a la Patria Potestad.	13	86,7
f) Otros	2	13,3	
III	Debe ser nombrado <u>Tutor</u>		
	a) El director del centro	13	86,7
	b) Otros	1	6,7
	c) No responde	1	6,7

Tabla 8. Protección al patrimonio del Adulto Mayor y control por parte de la fiscalía a la institución.

Indicadores	Número	%
Existe protección patrimonial	4	26,6
No existe protección patrimonial	7	46,6
Control insuficiente	9	60,0
Control suficiente	6	40,0
No contestaron	3	20,0

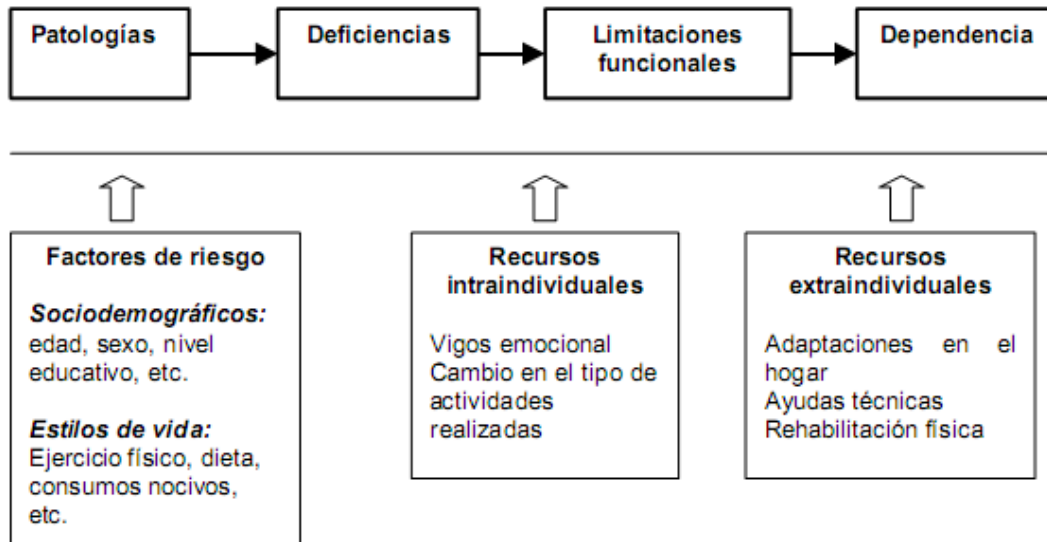
Anexo 9

Tabla 9: Hoja de Declaración de Valores.

Documentos	
Carné de Identidad	
Artículos	
-Radio	-Televisor
-Cubo	-Escaparate
-Ventilador	-Calentador de agua
Nombre y apellidos del anciano	
Fecha de ingreso	
Firma	

Anexo 10

Tabla 10: Proceso de la Dependencia.



Fuente: Casado (2007: pp. 36).

Tabla 11: Necesidad de ayuda de las personas dependientes, según el tipo de actividad.

Actividades básicas de la vida diaria (ABVD)
Vestirse
Bañarse
Comer
Asearse
Levantarse de la cama y acostarse
Deambular (moverse dentro del hogar)
Actividades instrumentales de la vida diaria (AIVD)
Utilizar el teléfono
Comprar
Cocinar
Limpieza del hogar
Lavar ropa
Utilizar medios de transporte
Gestionar la medicación
Llevar las cuentas

Fuente: Casado (2007:2)