



Aviso Legal

Capítulo de libro

Título de la obra: Los mecanismos de autoprotección jurídica, la enfermedad de Alzheimer y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en previsión de la propia incapacidad

Autor: Pereira Pérez, Joanna

Forma sugerida de citar: Pereira, J. (2021). Los mecanismos de autoprotección jurídica, la enfermedad de Alzheimer y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en previsión de la propia incapacidad. En A. Díaz-Tendero (Ed.), *Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe*, Tomo II (71-108). Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe.

Publicado en el libro:

Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe, Tomo II

Diseño de portada: M.A.V. Marie-Nicole Brutus H.

ISBN: 978-607-30-4381-6

Los derechos patrimoniales del capítulo pertenecen a la Universidad Nacional Autónoma de México. Excepto donde se indique lo contrario, este capítulo en su versión digital está bajo una licencia Creative Commons Atribución-No comercial-Compartir igual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0 Internacional). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es>



D.R. © 2021 Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C. P. 04510, México, Ciudad de México.

Centro de Investigación sobre América Latina y el Caribe
Piso 8 Torre II de Humanidades, Ciudad Universitaria, C.P. 04510, Ciudad de México. <https://cialc.unam.mx/>
Correo electrónico: betan@unam.mx

Con la licencia:



Usted es libre de:

- ✓ Compartir: copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.
- ✓ Adaptar: remezclar, transformar y construir a partir del material.

Bajo los siguientes términos:

- ✓ **Atribución:** usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.
- ✓ **No comercial:** usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales.
- ✓ **Compartir igual:** si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original.

Esto es un resumen fácilmente legible del texto legal de la licencia completa disponible en:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es>

En los casos que sea usada la presente obra, deben respetarse los términos especificados en esta licencia.

3. LOS MECANISMOS DE AUTOPROTECCIÓN JURÍDICA, LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER Y EL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN PREVISIÓN DE LA PROPIA INCAPACIDAD

Joanna Pereira Pérez

I. INTRODUCCIÓN

Los que vivimos la contemporaneidad nos enfrentamos a numerosos factores que requieren una urgente mirada jurídica y la reformulación de paradigmas en torno a determinadas instituciones del Derecho, que hasta hace unos años no eran cuestionadas. En este sentido, la cada vez más creciente longevidad de la población es una realidad que obliga a la satisfacción de las necesidades que este sector poblacional demanda.¹ Otro factor determinan-

¹ Según el *Boletín Demográfico de la CEPAL*, con proyecciones hasta 2050, para 2025 la cantidad de personas de 60 años o más habrá aumentado 56 millones, lo cual sumará 96 millones de adultos mayores en la región; mientras que para Cuba se concibe, en igual periodo, la existencia de un aproximado de 2 947 800 de personas de la tercera edad, de un total de 11 792 000, lo cual representa

te lo constituyen el vertiginoso avance que han experimentado la ciencia y la técnica en función de la medicina, contribuyendo a la existencia de altos índices de supervivencia, a la prolongación de la vida artificialmente y al diagnóstico cada vez más precoz de enfermedades degenerativas, y con ello el aumento de deterioros cognitivos relacionados con la edad, en mayor o menor grado.² Justamente, dentro de este complejo escenario, se inserta el enfermo de Alzheimer, uno de los padecimientos con mayor trascendencia familiar y social.

La enfermedad de Alzheimer es considerada como un padecimiento neurodegenerativo que provoca demencia y que afecta principalmente a personas mayores. Debido a su carácter progresivo transita por diferentes estadios, a partir de lo cual existen diversas maneras de clasificación de la magnitud de la afectación, las cuales a grandes rasgos pueden ser: la etapa de deterioro leve, la moderada y la severa.

casi el 25% de la población, visión que se vuelve aún más alarmante en los pronósticos para 2050, ya que para este año el sector longevo habría aumentado en un millón, para un 33% del total de habitantes de la isla. *Boletín Demográfico. América Latina y el Caribe: el envejecimiento de la población 1950-2050*. CEPAL-Celade, Publicación de las Naciones Unidas (2003) [en línea] Disponible en www.eclac.org/publicaciones/xml/1/13371/LCG2211.pdf. [Fecha de consulta: 4 de septiembre de 2018].

En igual sentido se prevé que para 2025 Cuba será el país más envejecido de América Latina, y para 2050 uno de los más envejecidos del mundo. *Adulto mayor en Cuba: hechos y cifras 2008-2009* [en línea] Disponible en http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/gericuba/introduccion_2009.pdf. [Fecha de consulta: 4 de septiembre 2018].

Para 2020 Cuba se convertirá en el país de Latinoamérica con mayor proporción de adultos mayores, para un 25% de la población con 60 años o más. Anuario Estadístico Ministerio de Salud Pública de Cuba (2012) [en línea] Disponible en www.sld.cu/servicios/estadisticas. [Fecha de consulta: 4 septiembre 2018].

² En las personas con 60 años o más la demencia es uno de los mayores factores que influyen en una mayor cantidad de años de vivir con discapacidad.

La primera etapa o leve se identifica por el paulatino deterioro en la memoria con alteraciones en otras áreas cognoscitivas, tales como la orientación; se presentan cambios de ánimo, apatía y pérdida de iniciativa. Es capaz de sostener una conversación, comprende bien y utiliza adecuadamente los aspectos sociales de la comunicación (gestos, entonación, expresión y actitudes). El desempeño en el autocuidado es adecuado; está consciente del medio que lo rodea, es capaz de entender la naturaleza básica de los eventos y las situaciones, así como de expresar sentimientos y opiniones, es por ello que consideramos que, aun padeciendo estos síntomas, la persona conserva su capacidad de obrar, por cuanto ninguno de los antes mencionados afectan los dos aspectos más importantes que deben informar a la voluntad en la realización de actos jurídicos, por una parte la inteligencia, para valorar suficientemente el alcance de nuestra actuación y por otra, la aptitud para manifestarla inequívocamente.

Por su parte, en la segunda etapa o moderada empeoran las fallas amnésicas, se acentúan los problemas de lenguaje (olvida las palabras), de la praxis (deterioro de la capacidad motora aunque las funciones estén intactas: por ejemplo no puede vestirse correctamente o no sabe cómo usar los cubiertos a la hora de comer) y del reconocimiento (dificultad para identificar quiénes lo rodean, pero conserva la mayor parte del reconocimiento de sí mismo). Además, aparece descuido en la higiene, pueden surgir algunos trastornos del comportamiento, del pensamiento y de la percepción sensorial. La dependencia con respecto a un cuidador es cada vez mayor.

Ya en la tercera etapa o severa se presenta un compromiso total de las facultades intelectuales. La rigidez muscular se acentúa, hasta llegar, en muchas ocasiones, al inmovilismo; hay desconocimiento del medio, de los familiares y de sí mismo; requiere asistencia permanente para todas las actividades; tiene incontinencia urinaria y fecal; cuadros infecciosos a repetición (generalmente son

la causa de la muerte), úlceras por presión y demás complicaciones resultantes del inmovilismo.³

Es notable que en la segunda y tercera etapas de la enfermedad, se presentan manifestaciones sintomáticas que afectan los requisitos exigidos jurídicamente para que las personas podamos actuar válidamente en el ámbito del derecho, siendo definitorias aquellas que dificultan el uso adecuado del lenguaje por ser la manera en que las personas manifiestan su voluntad y, por otra parte, la pérdida de las facultades intelectuales. Es importante acotar en este punto que las etapas descritas no pueden ser vistas de manera cerrada, sino que en el enfermo ocurre una evolución paulatina, por lo que es necesaria una constante evaluación de la persona, para valorar acertadamente su capacidad para manifestar válidamente su autonomía de la voluntad.

El tiempo que puede alcanzar un paciente en llegar a uno u otro estadio varía en atención a diferentes factores, lo que sí debe ser tenido en cuenta es que la enfermedad puede tener una duración que fluctúa entre los 8 y los 20 años, en virtud de lo cual todo lo que pueda hacerse para mejorar la calidad de vida de estas personas es loable, y uno de los aspectos en el que menos se ha pensado desde el punto de vista institucional es su arista jurídica, con la consiguiente utilización de la autonomía de la voluntad, como parte del ejercicio del derecho a la libertad y el reconocimiento de su dignidad como persona, en previsión de su futura incapacidad.

Todo lo descrito anteriormente afecta el normal desenvolvimiento de la vida diaria de los que padecen esta enfermedad en cualquier etapa de su desarrollo y aunque todos los síntomas en su conjunto contribuyen a la consideración de que estas personas van perdiendo sus facultades, a nuestro juicio las que más se relacionan

³ Victoria E. Arango Lopera, “Dilemas éticos en etapas leves de la enfermedad de Alzheimer. Decirle o no la verdad al paciente”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 8, núm. 1, enero-junio de 2008, p. 61.

con la imposibilidad de manifestar inequívocamente su voluntad son la alteración en el juicio y la dificultad para encontrar palabras y finalizar ideas, limitándose con ello el ejercicio de su autonomía. No obstante, el deterioro significativo a los efectos de la capacidad jurídica de obrar de las personas aparece en los estadios moderado y avanzado de la enfermedad y es por ese motivo que defendemos la posibilidad de uso de la autonomía en previsión de la incapacidad que inexorablemente provoca la enfermedad a quien la padece, cuando en estadios leves aún se conservan la mayoría de las facultades.

En tal sentido, la ciencia jurídica se encarga de regular aquellas relaciones y situaciones sociales de mayor relevancia, por lo que se ha ocupado y preocupado por la instrumentación de instituciones cuya finalidad es proteger los derechos de los enfermos de demencia y su patrimonio. La vía clásica y generalizada que ha sido utilizada para este fin es el proceso de incapacitación de la persona,⁴ que culmina con el nombramiento de un tutor, quien en adelante, suplirá la capacidad del enfermo después de incapacitado, lo cual, según las doctrinas más modernas,⁵ reporta una protección cierta

⁴ Señala Valdés Díaz que con este proceso se consagra el enfoque médico de la discapacidad y, consecuentemente, el sistema de sustitución para el ejercicio de la capacidad, generalmente a través de restricciones o, incluso, mediante la total incapacitación. Este modelo se centra en aspectos relativos a la protección en la esfera patrimonial y descuida las demás esferas en relación con las cuales no suele contener previsiones específicas. Valdés Díaz, Caridad del C., “Capacidad, discapacidad e incapacitación en clave carpenteriana”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 26, 2010, pp. 47-48. Disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=293222980003>. [Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2012].

⁵ Montserrat Pereña Vicente, “La Convención de las Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, *IUS. Revista del Instituto Jurídico de Puebla*, núm. 26, 2010, pp. 70-71. Disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=293222980004> [Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2012]. Señala la autora, refiriéndose a la Convención de Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la

a la persona declarada incapaz, pero deja a un lado un principio tan importante en el desenvolvimiento de la vida de un ser humano, como es su libertad y con ello su autonomía y autodeterminación, lo cual repercute indudablemente en la dignidad de la persona. Unida a la jurídica, encontramos la protección que emana de la familia, la que garantiza determinadas instituciones y la brindada por la sociedad en general, pero ninguna de ellas excluye la posibilidad de que el propio sujeto haya podido diseñar, como desea que se materialice esa protección, de tal manera que pueden pronunciarse sobre el nombramiento de su tutor, sus deseos ante una decisión médica o simplemente su parecer sobre la venta u otros negocios jurídicos a realizar sobre sus bienes.

Es por ello que en la actualidad existen otras instituciones a partir de las cuales los sujetos pueden proteger igualmente su persona y su patrimonio, pero a partir del ejercicio de su propia autonomía, entre las más utilizadas encontramos: la autotutela, los poderes preventivos, el contrato de alimentos, el fideicomiso⁶ y el crédito

que Cuba es signataria desde 2007, que “Esta Convención genera un debate en el que ciertos sectores sostienen que hay que cambiar los mecanismos clásicos de protección que pasan por la intervención del juez y la tutela. Incluso, se afirma, obliga a poner en marcha soluciones alternativas al procedimiento de tutela e incapacitación, evitando el recurso a la autoridad judicial y sustituyendo la representación que implica la tutela por un sistema de apoyos”.

Por su parte, Cárdenas González refiere que: “se trata de que la ley reconozca un mayor ámbito de actuación a la autonomía de la voluntad del sujeto, pues no debe pensarse que goza de libertad absoluta para organizar su futura incapacitación, sino que sus previsiones deben ubicarse dentro de un marco jurídico flexible y generoso”. Cárdenas González, Fernando A., *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, México, Porrúa, 2006, p. 12. Por su parte Valdés Díaz nos muestra como la doctrina moderna, representada por varios autores iberoamericanos como Rivas Martínez, Rivera Álvarez, Taiana de Brandi, Llorens y Pérez Gallardo, apoyan la afirmación realizada. Caridad del Carmen Valdés Díaz, *Capacidad, discapacidad e incapacitación en clave carpenteriana*, p. 60.

⁶ H. R. Lucero Eserverri y H. Pozzi, “El fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida”. *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Argentina, núm. 4, 2010, pp. 103-136.

vitalicio con garantía hipotecaria o hipoteca inversa, todos en su conjunto son reconocidos como los mecanismos de autoprotección jurídica y con su uso, el sujeto goza de protagonismo para diseñar su propia protección futura.

Es notable que el desconocimiento de las implicaciones que los efectos de esta enfermedad tienen en el ámbito jurídico por parte de los enfermos de Alzheimer, sus familiares y el personal de la asistencia médica en general, y de los mecanismos de autoprotección jurídica, propicia *a la postre* el no ejercicio de la autonomía de la voluntad en previsión de la propia enfermedad, la desprotección de los enfermos y la ocurrencia de importantes conflictos bioéticos. Por otra parte, si bien existen en el ordenamiento jurídico cubano instituciones jurídicas para su protección, éstas no se corresponden con las tendencias modernas que imperan en el ámbito foráneo.

II. LOS MECANISMOS DE AUTOPROTECCIÓN JURÍDICA Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Al decir de Llambías, la autonomía de la voluntad de los particulares se fue afirmando como la verdadera autoridad en el Derecho privado⁷ y constituye un principio fundamental del Derecho civil, donde precisamente se insertan los mecanismos de autoprotección jurídica que serán estudiados posteriormente. Sigue explicando este autor que conforme con la máxima “*volenti non fit injuria*”, es decir, lo que es querido no causa injusticia (a partir de lo cual se manifiesta la importancia que se le otorga desde el Derecho Civil a la autonomía de la voluntad), debe ser interpretada en el entendido de que una decisión que emane de la propia y válida voluntad de un sujeto, no debe considerarse como injusta para él, ya

⁷ Jorge Llambías, *Tratado de derecho civil*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1995, pp. 26-27.

que es evidente que sí pudiera ser tenida como tal para los demás. También se le ha asociado con la libertad y un ejemplo de ello lo constituyen las referencias de importantes civilistas como: De Castro, Diez-Picazo y Gullón, Cifuentes y el propio Llambías, en el ámbito foráneo, y Pérez Gallardo en la doctrina cubana, lo cual es importante si tenemos en cuenta que se le relaciona como parte del ejercicio de este trascendental derecho inherente.⁸

Por su parte, el civilista español De Castro señala, en su obra sobre el negocio jurídico, que la autonomía privada de las personas debe entenderse como su poder de autodeterminación y la define como: “el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”. Defiende además, que la autonomía en sentido amplio debe ser entendida como: “el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas y el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos”.⁹ Resalta entonces que con el ejercicio de la autonomía no sólo se conciertan relaciones jurídicas, específicamente obligaciones, contratos o testamentos; sino que además permite que se disfruten, en el sentido amplio del término, los derechos subjetivos sobre los que se ostenta la titularidad.

⁸ Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 12-18; Luis Diez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 371-378; Santos Cifuentes, *Elementos de derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 270, 280, 287, 365; Llambías, *Tratado de derecho civil, cit.*, pp. 26-28; y L. Pérez Gallardo, “De la autonomía de la voluntad y de sus límites”, en L. Pérez Gallardo [coord.], *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, La Habana, Félix Varela, 2000, pp. 214-217.

⁹ Castro y Bravo de, *op. cit.*, pp. 12-13.

En la doctrina civilista cubana, explica Pérez Gallardo, la autonomía corresponde a un supuesto jurídico-normativo en el que la decisión humana puede, libremente, sin ningún tipo de condicionamiento —salvo limitaciones legales— determinar la creación de un negocio jurídico con capacidad y sin dependencia, cualquiera que sea su naturaleza, así como permite al sujeto autodiseñar la estructura y contenido del negocio jurídico que pretende concertar, atribuyéndole a la autonomía dos dimensiones, la positiva que es precisamente en la que se puede ejercitar, actuar y proyectar, frente a la denominada negativa, que le pone cotos, restricciones o modificaciones.¹⁰

En igual sentido los civilistas españoles Díez-Picazo y Gullón denominan a la autonomía de la voluntad como autonomía privada y consideran que ella es el poder de gobernarse a sí mismo, de reglamentar las relaciones jurídicas en las que se es o ha de ser parte, en resumen, es el poder de ordenación de la esfera privada de la persona. Continúan diciendo que es libertad individual, que reconocer libertad significa permitir hacer, es dar al individuo una esfera de actuación, pero es algo más, ya que el individuo no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica.¹¹

Es necesario comentar en torno a una de las instituciones con la que más se ha vinculado a la autonomía desde el punto de vista legal, que es el negocio jurídico. Albaladejo señala que:

el negocio jurídico es un medio para la autorregulación de los propios intereses en el campo jurídico o, lo que es lo mismo, que es un instrumento para actuar, en tal campo, la voluntad privada en tanto en cuanto ésta es reconocida por el Ordenamiento; de forma que la autonomía —más o menos amplia, según los casos— de dicha volun-

¹⁰ L. Pérez Gallardo, *De la autonomía de la voluntad y de sus límites*, pp. 217-220.

¹¹ L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, p. 371.

tad se ejercita a través de él; siendo enorme su relevancia, puesto que la parte mayor y más importante de las relaciones de Derecho que se establecen, proceden de negocio jurídico.¹²

Al ser asociado el negocio jurídico con el ámbito contractual y la autonomía de la voluntad considerada como nervio central del negocio jurídico, el resultado de la ecuación ha sido que igualmente la autonomía ha sufrido una inexorable vinculación con el contrato, lo cual ha provocado que la mayoría de las normas jurídicas que reconocen la autonomía de la voluntad de los individuos sean a su vez de Derecho contractual, el ordenamiento jurídico cubano es representativo de ello.¹³

Lo anterior también se evidencia cuando en este sentido Delgado Vergara señala, que el contenido de la autonomía de la voluntad se expresa en la autodecisión y la autorregulación, en primer lugar porque el sujeto es libre de contratar o no y en segundo lugar, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, teniendo en cuenta las normas imperativas o prohibitivas que establecen limitaciones al arbitrio de las partes.¹⁴

Es por esa razón que los mecanismos de autoprotección jurídica constituyen una de las formas en las que puede concretarse el ejercicio de la autonomía de la voluntad de una persona en previsión de su eventual incapacidad, y es a través de ellos que el sujeto goza

¹² M. Albaladejo, *Derecho civil I. Introducción y parte general*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 566.

¹³ La única referencia a la manifestación típica de la autonomía de la voluntad a la que nos referimos, la encontramos en el Código Civil cubano a partir del artículo 312, que se encuentra en el Libro Tercero dedicado al Derecho de obligaciones y contratos, y reza: “en los contratos las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario”.

¹⁴ T. Delgado Vergara, *El negocio jurídico contractual*, La Habana, Félix Varela, 2003, p. 8.

de protagonismo para diseñar su propia protección futura. Bajo esta denominación ha englobada la doctrina jurídica, todos aquellos instrumentos en virtud de los cuales una persona capaz puede decidir cómo ha de procederse sobre ella y su patrimonio cuando ya no tenga pleno ejercicio de la capacidad jurídica para actuar válidamente en el ámbito del Derecho.

Engelhardt considera que si las personas competentes pueden rechazar personalmente el tratamiento, en principio no debe existir objeción moral secular alguna para que lo hagan a través de un agente o mediante instrucciones anticipadas, siendo éste el fundamento moral tanto del negocio de apoderamiento como de las últimas voluntades en vida que funcionan como instrumentos de las personas para controlar su tratamiento cuando ya no sean capaces, y señala como fundamento de estas instrucciones la naturaleza precaria de la vida, amenazada por el riesgo de incompetencia y debilitamiento durante un periodo de muerte.¹⁵

La utilización de estos instrumentos puede darse tanto para los aspectos personales (decisiones sobre la salud, la vida y la muerte) como para los patrimoniales, o sea, sobre los bienes. Además la persona también puede, en previsión de su propia incapacidad, pronunciarse sobre decisiones a tomar y quién es la persona que desea lo haga por él (mandatario, apoderado, etc.), los notarios, como fedatarios públicos, son quienes autorizan los documentos contentivos de estas manifestaciones de voluntad, en virtud de lo que establece la Ley de las Notarías Estatales,¹⁶ en su artículo 1 en relación con el inciso a) de los artículos 10 y 13.

¹⁵ Tristram Engelhardt *et al.*, *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 385-386.

¹⁶ Ley 50 del 28 de diciembre de 1984.

III. DEFINICIÓN

Numerosas son las denominaciones que se han dado a estos instrumentos, así se les ha llamado: “testamentos para la vida” (*living will*), “estipulaciones para la propia incapacidad”, “directivas anticipadas”, “mandato para la propia incapacidad”, “disposición vital anticipada”, pero todas ellas con un denominador común y es que reflejan como su finalidad el poder manifestar la voluntad cuando haya sobrevenido la incapacidad. Aunque la denominación aquí empleada es relativamente joven, pues data de 1998 cuando en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Veracruz, México, se acordó dar esta calificación a todos los instrumentos jurídicos que emanen de la voluntad de una persona capaz y que tengan como finalidad la manifestación de las decisiones tanto personales como patrimoniales, de la vida de esa persona en previsión de su futura incapacidad. Pero además, debido a la importancia que les ha sido otorgada en la actualidad, se ha llegado incluso a elevar a la categoría de derecho la posibilidad que se contempla con la realización de estos mecanismos, denominándole derecho de autoprotección, que emana y se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la libertad y con la dignidad de la persona y son precisamente los mecanismos de autoprotección jurídica, los que implican el reconocimiento de este derecho.

Cabe argüir entonces que son una manera en la que ha respondido el Derecho ante las demandas de la sociedad y los individuos de poder organizar y decidir sobre su vida y la protección de su persona en el futuro, ante una incapacidad sobrevenida que ya no les permita hacerlo.

Sea considerado como derecho que tiene la persona, como mecanismos o instrumentos con los que ésta cuenta para que su voluntad se manifieste con carácter *ex nunc* (hacia el futuro) cuando ya no tenga capacidad para hacerlo, lo importante es que dota a los seres humanos de las herramientas necesarias para ejercitar

su libertad y proteger su dignidad en un momento de su vida en que no cumple con los presupuestos para que su manifestación de voluntad sea válida, pero en el que aún sigue con vida y como tal sigue siendo persona. Así, como colofón de la VIII Jornada Notarial Iberoamericana y del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Argentina en 1998, en atención al valor que poseen estos instrumentos jurídicos, se propuso a la Unión del Notariado la creación de un Protocolo de Uniformidad para reconocer la validez y equivalencia de las formas de las disposiciones de autoprotección en todos los países miembros.¹⁷

Para alcanzar una adecuada definición es necesario *a priori* que le demos un significado de cada uno de los términos que conforman la denominación de mecanismos de autoprotección jurídica. El primero de los vocablos que integra esta tríada es el de “mecanismos”, que puede ser sustituido igualmente por instituciones, estipulaciones, instrucciones, herramientas o directivas, pero todas ellas en el entendido de un conjunto de medios, que unidos a la palabra “autoprotección”, denotan que son aquellos que permiten la protección de uno mismo con el fin de evitar un daño o perjuicio futuro. Ahora bien, éstos pudieran ser de muchos tipos, pero si le adicionamos el término “jurídicos”, sabemos que esos mecanismos para la protección de uno mismo ante daños o perjuicios futuros provienen del Derecho.

En la doctrina cubana, seguimos a Pérez Gallardo en el sentido de que estos mecanismos son una manera de poner a la autonomía de la voluntad en función de la autoprotección de las personas y se manifiestan como una solución al dilema social que se presenta ante el envejecimiento incesante de la población y las colaterales enfermedades de tipo demencial senil, como el Alzheimer, que

¹⁷ M. I. Giménez, *Voluntad Anticipada-Autocuratela*, 2007. Disponible en www.el-observatorio.org/.../revista-instituto-de-derecho-e-integracionnum-1-2009-pdf [Fecha de consulta: 29 de agosto del 2011].

provocan la necesidad de prever aspectos variados de su existencia, antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse.¹⁸

Uno de los autores que más ha abogado y estudiado la temática de los mecanismos de autoprotección es Llorens, quien unido a Rajmil consideran al derecho de autoprotección como el que tiene todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento. Su basamento lo constituye el respeto a la libertad, la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos, cualquiera que sea su edad, sexo o condición. En tanto derecho subjetivo, se ejerce mediante un acto de autoprotección que es aquel en el cual el sujeto deja claramente plasmada su voluntad en el sentido señalado.¹⁹

Por su parte Lucero Eseverri y Marzuillo señalan que los actos de autoprotección se han impuesto como una herramienta idónea ante un requerimiento constante, la previsión ante un supuesto de incapacidad o pérdida de discernimiento.²⁰

Defiende Bonfanti, también representante de la doctrina argentina, que el derecho de autoprotección posibilita dictar las disposiciones que regulen cuestiones relativas a su persona y/o bienes ante el eventual acaecimiento de una circunstancia que lo torne incapaz de tomar decisiones por sí y que este conjunto de directivas anticipadas se concreta en los llamados actos de autoprotección.²¹

También en esta línea se pronuncia Amunátegui Rodríguez, profesora española que refiere los distintos problemas que estas

¹⁸ L. B. Pérez Gallardo, *De la autonomía de la voluntad y de sus límites*, en L. B. Pérez Gallardo [coord.], *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, La Habana, Félix Varela, 2000, pp. 229-230.

¹⁹ L. R. Llorens y A. B. Rajmil, “Derecho de autoprotección”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 1, 2009, p. 48.

²⁰ R. A. Lucero Eseverri y P. E. Marzuillo, “Nuevos paradigmas en la representación legal de las personas con discapacidad”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2011, p. 140.

²¹ M. L. Bonfanti, “El derecho de autoprotección en la Provincia de Chaco”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2009, p. 116.

figuras pueden solucionar, tanto de índole personal como familiar, que puedan surgir en el futuro a consecuencia de la pérdida de capacidad natural del sujeto, pero en otros se trata de instituciones previstas para ayudar a las personas de edad avanzada a llevar una vida digna, sin tener que depender de las decisiones que otros puedan tomar en su lugar, pudiendo diseñar su futuro en la forma más conveniente para ello.²²

En el ordenamiento jurídico alemán, la institución acorde con la que se estudia se ha configurado bajo la denominación de “la disposición del paciente” o “testamento vital”, traducción del término *Patientenverfügung*, y reconoce la posibilidad de tomar previsiones para medidas médicas, a partir de lo cual se establecen los propios deseos de tratamiento,²³ con soporte en la denominada *Patientenautonomie* o “autonomía del paciente”.²⁴ Pero esta denominación no aporta la idea que se trata de defender con este estudio, en el entendido de que se refiere a disposiciones del paciente y con ello se circunscribe al estricto ámbito médico-asistencial.

Otro punto de vista lo proporciona la doctrina italiana. Razona Negrini que el término “directiva”, con respecto a una declaración, hace hincapié en la naturaleza vinculante de la voluntad del declarante, en cuanto al término “testamento biológico”, que proyecta la disposición hacia la efectividad *mortis causa*, al contrario del acto considerado aquí (refiriéndose a las directivas anticipadas),

²² C. Amunátegui Rodríguez, “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, núms. 1-2, 2006, p. 28.

²³ Ali Türk, Ulrich Wöhler y Ramazan Salman, *El derecho de curatela alemán. Información para migrantes de habla española*, Alemania, Instituto de Curatela Transcultural, 2010, p. 18. Disponible en <https://www.mj.niedersachsen.de/download/58856>, [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2018].

²⁴ Antonio Autiero, “Patientenverfügung und Patientenautonomie: Plädoyer für eine ethische Pädagogik”, *Bulletin de la Société des Sciences Médicales du Grand-Duché de Luxembourg*, núm. 3, Institut Grand-Ducal, 2008.

que debe exponer su efectividad en vida.²⁵ Finalmente, parece que la autora se decanta por la denominación *disposizioni anticipate di trattamento*, cuya propia traducción supondría la de “disposiciones anticipadas para el tratamiento”.²⁶ La misma línea que siguen sus coterráneos Casini, y Di Pietro quienes explican contundentemente que la propuesta de denominación que acoge Italia se aleja de la del Convenio de Oviedo y del término “directiva”, por el término *dichiarazioni anticipate di trattamento* (declaración anticipada de tratamiento), con el objetivo de resaltar de que no se trata de disposiciones vinculantes, sino de deseos para ser tomados en consideración, para ser evaluados, pero no para ser realizados automáticamente.²⁷

También en el ámbito europeo, explica Hauger que en Francia el término consagrado en el Código de Salud Pública (artículo L.1111-1) y que penetra en el ordenamiento jurídico francés, a través de la Ley sobre los derechos del enfermo y el final de la vida, llamada Ley de Leonetti, del 22 de abril de 2005, fue el de *les directives anticipées* o directivas anticipadas, aunque reconoce que otras palabras podrían utilizarse durante los procedimientos parlamentarios, como “testamentos vitales” o incluso “testamentos al final de la vida”. Philippe Douste Blazy, el entonces ministro de Salud, había utilizado en la prensa el término “voluntad médica” para explicar los pormenores de esta nueva legislación.²⁸

Obligada referencia merece la propuesta de Rivera que, al describir el tratamiento de legislaciones como la de Canadá, Alemania, Japón, Inglaterra y Estados Unidos menciona que contienen

²⁵ Negrini, “Direttive anticipate: questioni...”, *op. cit.*, p. 58.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Marina Casini, Maria L. di Pietro y Carlo Casini, “Profili storici del dibattito italiano sul testamento biologico ed esame comparato dei disegni di legge all’esame della XII Commissione (Igiene e Sanità) del Senato”, *Medicina e Morale*, núm. 1, 2007, pp. 23-24.

²⁸ Sébastien J. F. Hauger, “Les directives anticipées en France: aspects juridiques”, *Bulletin de la Société des Sciences Médicales du Grand-Duché de Luxembourg*, Institut Grand-Ducal, núm. 3, 2008, p. 330.

previsiones importantes en orden a la eficacia de “actos otorgados por una persona en previsión de su propia incapacidad”, aunque después asume que son identificados como “testamento vital” o “*living will*”.²⁹ Este autor se acerca muchísimo a la denominación que proponemos: acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad, pero se aleja en dos aspectos que son cardinales: en primer lugar, sólo se refiere a la previsión de la propia incapacidad, *a contrario sensu* de como se ha venido proponiendo, que sea también para las discapacidades, a tono con los postulados de la CDPD, pues ha de recordarse que la incapacidad de obrar absoluta es la excepción y que el término discapacidades puede suponer también una declaración de capacidad restringida, que es lo que debe primar, siempre que exista el mínimo atisbo de aptitud del sujeto en cuestión. En cuanto al contenido, este acto no está asociado sólo con el contenido médico, sino que, como ya se ha expuesto, se propone su ampliación, más allá de sus típicas fronteras.

A modo de epítome, los mecanismos de autoprotección pueden ser considerados como un conjunto de actos que emanan del ejercicio válido de la autonomía de la voluntad de una persona, que con carácter preventivo realiza una serie de directivas para que desplieguen su eficacia en el caso de que dicha persona se encuentre impedida de hacerlo, de forma temporal o permanente, debido a la variación de sus aptitudes psíquicas, siempre que con ello no se cause daño o perjuicio a otro.

Además es innegable que presentan una serie de ventajas para la persona y la familia, entre ellas podemos mencionar: que favorecen que se respeten las convicciones acordes con la historia de vida del paciente, permiten que las decisiones cruciales o dilemáticas no sean una carga para los familiares o allegados, orientan las de-

²⁹ Julio C. Rivera, “Autodeterminación y tolerancia: ejes del derecho de la persona”, *Revista Signos Universitarios*, vol. 25, núm. 1, 2006, p. 100. Disponible en <http://p3.usal.edu.ar/index.php/signos/article/view/2956> [Fecha de consulta: 23 de mayo de 2018].

cisiones médicas al conocer las preferencias del paciente y pueden reducir la judicialización de casos.³⁰

Ello nos permite aseverar que, en la realidad cubana en general, fuera del estricto ámbito jurídico, existe un desconocimiento sobre la existencia y utilidad de estos mecanismos de autoprotección, por lo que el camino está lejos de ser el idóneo para que estos instrumentos que brinda el Derecho a las personas, sean efectivamente utilizados en la práctica cubana.

En el orden legislativo, no encontramos en nuestro Código Civil vigente referencia alguna de manera expresa a esta denominación, no obstante al realizar un análisis de su articulado, podríamos considerarlos relacionados con lo estipulado por el artículo 49 en su primer apartado,³¹ referente al acto jurídico, ya que esta será la forma que tomarán, de manera general, estos mecanismos de autoprotección, aspecto al que se hará referencia en el desarrollo de este trabajo.

IV. CARACTERÍSTICAS

Además de su definición, los mecanismos de autoprotección jurídica poseen un conjunto de características que de manera general sirven para su utilización y puesta en práctica, de modo que las mencionaremos de forma breve.

- Los mecanismos de autoprotección son actos voluntarios, debido a que emanan de la voluntad de la persona y por ello son una forma de ejercicio del principio de autonomía

³⁰ Gisela Farías, *Directivas médicas anticipadas*. Disponible en www.fmv-uba.org.ar/antropologia/Nro1Marzo2006/directivas%20medicas.asp, [Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2011].

³¹ “Artículo 49.1: El acto jurídico es una manifestación lícita, de voluntad, expresa o tácita, que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica”.

de la voluntad. Son actos jurídicos ya que constituyen una manifestación de voluntad con el objetivo de generar una situación jurídica. Si nos referimos a nuestra legislación, es dable notar que esta característica podría encontrar su fundamento en el artículo 49 del Código Civil cubano, en tanto regula los actos jurídicos.

- Deben constar de forma escrita y ser instrumentados mediante escritura pública o privada, aunque es recomendable utilizar la primera de las vías, ya que ello reporta entre otras ventajas las siguientes: la posibilidad de su inscripción registral, en aquellos sistemas donde ya existan registros para este tipo de actos, de modo tal que se tenga noticia de su existencia oportunamente, o sea que con una certificación de este registro se tenga conocimiento sobre los actos de autoprotección que haya otorgado la persona³² y la intervención del notario, que como asesor sabrá convertir la voluntad del sujeto en los instrumentos jurídicos adecuados.³³
- Se otorgan para que desplieguen su eficacia cuando la persona que los otorga ya no sea capaz jurídicamente,³⁴ o sea, que la ausencia de pleno ejercicio de la capacidad del otorgante funciona como una condición suspensiva del acto.
- Estos mecanismos son por naturaleza revocables, debido a lo cual se podrán dejar sin efecto en cualquier momento después del otorgamiento, mientras se conserve el ejercicio de la capacidad jurídica. Esta característica constituye una

³² No obstante este particular puede ser rebatido bajo la consideración de que estos mecanismos de autoprotección pueden inscribirse en los registros ya existentes, como notas marginales de inscripciones principales, por ejemplo en la de nacimiento, la autotutela, no es necesario entonces la creación de otro registro sólo a los efectos de los mecanismos de autoprotección jurídica.

³³ M. L. Bonfanti, “El derecho de autoprotección en la provincia de Chaco”, *op. cit.*, p. 118.

³⁴ En relación con la capacidad de las personas, deben ser consultados los artículos del 29 al 32 de nuestro Código Civil.

garantía para el sujeto que los otorga, ya que de cambiar de opinión sobre algunas de las decisiones personales o patrimoniales reflejadas en el documento, con el solo hecho de otorgar otro ya se está dejando sin efecto al anterior, debido a lo cual tendrá prioridad el último de los válidamente otorgados, en lo que no contravenga a su predecesor, a menos que se realice una manifestación expresa de voluntad que simplemente deje sin efectos al que aún conserva su eficacia. Vale acotar que esta característica sólo podrá ser aplicada a las estipulaciones de autoprotección que lo permitan como la autotutela, autocuratela o los poderes preventivos,³⁵ ya que sería impensable para el crédito vitalicio o el seguro de dependencia, debido a que están afectados por la obligatoriedad e intangibilidad de los contratos.³⁶

- Es recomendable además, que todas las directivas de la persona estén contenidas en un mismo instrumento, dotándolo de sistematicidad y coherencia, para propiciar su publicidad de manera orgánica. Aunque lo anterior posee como excepción el hecho de que la voluntad de la persona se traduzca en diferentes tipos de instrumentos jurídicos, por ejemplo: poderes preventivos, fideicomiso, autotutela, etc.
- Se distinguen también por tener un carácter preventivo, ya que precisamente se realizan con esa finalidad, de tal manera que de no ocurrir la incapacitación de la persona no serán utilizadas. Además de que no son disposiciones que se toman después de ocurrido un acontecimiento y como consecuencia éste, sino precisamente en previsión de que el hecho ocurra, en este caso la incapacidad de la persona.

³⁵ En cuanto a los poderes preventivos, véase lo establecido en el artículo 414.2 en relación con el 409 a) y 410 del Código Civil cubano.

³⁶ L. B. Pérez Gallardo, *La eficacia contractual I. Principios generales*, en N. de la C. Ojeda Rodríguez [coord.], t. I, La Habana, Félix Varela, 2003, p. 288.

- La manifestación de voluntad de la persona debe ser inequívoca, de tal manera que lo dicho no pueda estar sujeto a disímiles interpretaciones, que pudieran provocar que no se cumpla con lo estipulado por el sujeto. Recordemos que estos mecanismos despliegan su eficacia en el momento en que las facultades mentales de su otorgante ya no le permiten manifestarse clara e inequívocamente, en consecuencia, no se le podrá consultar y mucho menos preguntar sobre lo que quiso decir con una determinada frase o requerimiento. Es por ello que, la claridad debe ser una característica fundamental de lo manifestado.
- La persona debe poseer suficiente información sobre los efectos del acto que está otorgando, a partir del asesoramiento que haya recibido del notario, es como una especie de consentimiento informado pero en materia jurídica.
- La última de sus características es que el otorgamiento y posterior eficacia de estos mecanismos deben tener como premisa, no causar daño o perjuicio a otro, lo cual se manifiesta como un límite de la autonomía de la voluntad.

V. TIPOS

Una vez analizados los aspectos que deben caracterizar a los mecanismos de autoprotección, es imperativo explicar algunos de los tipos que hasta el momento existen en el ámbito del Derecho civil, la finalidad de cada uno y su pertinencia en el ordenamiento jurídico civil cubano.

1. *El fideicomiso*

El fideicomiso es el contrato en cuya virtud una persona (fiduciante) en previsión de su propia incapacidad, designa a otra (fidu-

ciario), normalmente de su confianza, para que al cumplirse la condición suspensiva de la declaración de incapacidad del otorgante ejerza su función y de cumplimiento a la manda fiduciaria. Finalmente designará un beneficiario que es la persona que recibe los resultados de la gestión del fideicomiso y un fideicomisario o beneficiario residual que será quien reciba el remanente al momento de extinción del contrato. Debemos mencionar además que el fiduciario puede ser sometido a un régimen de rendición de cuentas periódico, ante la persona que designe el incapaz.³⁷ El fideicomiso, a partir de la finalidad y características que presenta, se ha convertido en una vía para que una persona pueda prever la administración de sus bienes para el caso de que le sobrevenga una incapacidad, ya que designa un administrador para determinados bienes y éste deberá entregar los frutos de esa administración, por ejemplo, el resultado de un alquiler periódico, para que sea utilizado en la atención de la persona que hoy es incapaz y, al mismo tiempo, propietaria de esos bienes. Finalmente, cuando la persona fallece, esos bienes pueden volver a su patrimonio y transmitirse por la sucesión mortis causa a sus herederos o transmitirlos a favor de otra persona, denominada fideicomisario.

Seguimos el decir de la profesora y notario cubana Fernández Martínez, en el sentido de la no regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico,³⁸ sin embargo, consideramos que es lícito su ejercicio por cuanto no existe norma que la prohíba, debido a lo cual dependerá de la pericia de los notarios para su implementación y autorización. Razonamos, además, que sería de mucha utilidad en la realidad cubana actual en relación con el trabajo por

³⁷ H. R. Lucero Eseverri y H. Pozzi, “El fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 4, 2010, pp. 109-117.

³⁸ M. Fernández Martínez, “Discapacidad y patrimonio en sujetos mayores de edad. Panorámica de su protección jurídica en Cuba”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2011, p. 94.

cuenta propia, pensemos en el titular de una cafetería o un alquiler, al que se le presente una enfermedad neurodegenerativa como el Alzheimer y que pueda utilizar el fideicomiso como medio para decidir quién desea que administre su negocio, ante quién deberá rendir cuentas, qué hacer con esos frutos y para quién será después de que se extinga el fideicomiso.

2. La autotutela

La tutela es una institución del Derecho de familia, en virtud de la cual se protege a las personas que han sido declaradas incapaces. De tal manera que cuando nos referimos a la autotutela, es la posibilidad de que la persona pueda decidir en el presente cuando aún es capaz, sobre quién desea que sea su tutor (autotutela positiva), así como que determinada persona no lo sea (autotutela negativa).

Por su parte Valdés Díaz considera que la autonomía de la voluntad en el ejercicio de los derechos subjetivos para la protección de la propia persona ha servido de basamento teórico a los mecanismos que, de *lege ferenda*, se han invocado para atender la cobertura de la llamada autotutela. Así, el derecho a la libertad personal, como derecho fundamental y como derecho inherente a la personalidad, incluye la posibilidad de disponer de la propia persona, sin más limitaciones que aquellas que respondan a las necesidades ontológicas, éticas y sociales. Como expresión concreta de ese derecho, nada obsta para que una persona en previsión de su propia incapacidad, que pueda sobrevenir en el futuro, estando en su cabal juicio designe a quien considera debe ser su tutor e incluso nombre sustitutos para el caso de que esa persona designada no pueda o no quiera asumir la guarda tutelar, si bien este negocio unilateral de naturaleza no recepticia tendrá una eficacia supeditada a la decisión judicial, pues en última instancia es el juez quien vigila y resuelve todo lo concerniente a la institución tutelar

en legislaciones, como la nuestra, que reconocen una tutela bajo control judicial.³⁹

En el ámbito cubano, resulta completo y sistematizador, el estudio realizado por Moreno Nápoles en ocasión de su trabajo final para optar por la título de Especialista en Derecho Civil, bajo la dirección de Valdés Díaz, quien considera “a la autotutela como el negocio jurídico personalísimo, individual, unilateral, de Derecho de Familia, ínter vivos, principal, gratuito, solemne, no recepticio y revocable; mediante el cual una persona individual con capacidad de obrar para ello designa para el supuesto de incapacitarse, a aquella que prevé deba tutelarle, pudiendo nombrarle sustitutos; o excluye a determinadas personas para el cargo de tutor suyo, o realiza ambas cosas a la vez”.⁴⁰

También en la doctrina cubana, se ocupan de su definición Pérez Gallardo, quien señala que “consiste en la designación por parte del interesado mayor de edad que no puede valerse por sí mismo (por causa de incapacidad física o psíquica) de la persona que en calidad de tutor puede representar su persona y bienes”;⁴¹ y Díaz Magrans, la que en igual sentido refiere que la autotutela se produce cuando cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, se designa tutor en documento público notarial, propuesta de tutor que se tomará en consideración como preferente al momento de la aprobación judicial.⁴²

³⁹ Caridad del C. Valdés Díaz, “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, México, núm. 26, 2010, p. 60. Disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=293222980003>.

⁴⁰ R. J. Moreno Nápoles, *Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela*, Tesis de Especialidad, La Habana, 2007, p. 55.

⁴¹ L. B. Pérez Gallardo, “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, *Nuevos perfiles del derecho de familia, libro homenaje a la doctora Olga Mesa Castillo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 35.

⁴² M. M. Díaz Magrans, *La tutela. Posibilidad de una mayor intervención notarial*, Tesis de Especialidad, La Habana, 2008, p. 37.

En virtud del ordenamiento jurídico civil y familiar cubano, la tutela se constituye judicialmente por el Tribunal del domicilio del incapaz y esta designación, para el caso de los mayores de edad, se realiza en atención a una serie de reglas contenidas en el Código de Familia en los artículos del 148 al 150. El primero de estos artículos señala a quiénes corresponderá el ejercicio de la tutela de las personas mayores incapacitadas, estableciendo además un orden de prelación, situando en primer lugar al cónyuge, después a los padres, a los hijos, a los abuelos y finalmente a los hermanos. Razonemos lo idóneo que resultaría que fuera la propia persona en previsión de la propia incapacidad que ha de sobrevenirle, quien designara a su futuro tutor. Es por ello que la versión de febrero de 2010, del Anteproyecto de Código de Familia cubano brinda esta posibilidad cuando sitúa en el primero de los órdenes antes mencionados, a la persona que haya sido designada en escritura pública notarial por el hoy declarado incapaz, dándole una importancia primordial a la libertad, la autonomía y la dignidad de la persona. No obstante y hasta que vea la luz este Anteproyecto de Código de Familia, pueden las personas mediante escritura pública notarial manifestar su voluntad sobre quién desean que funja como su tutor, lo cual si bien no obliga al Tribunal, si puede ser tenido en cuenta por el órgano judicial al momento de decidir, entre dos personas de igual grado de parentesco como los hijos o los padres.⁴³

⁴³ Resulta interesante en este sentido, la Sentencia núm. 120 de 30 de septiembre de 2008 de la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana, en virtud de la cual la jueza ponente Yanet Alfaro Guillén señala la relevancia de la manifestación de voluntad realizada por la incapaz antes de serlo, de que fuera su hija quien la cuidara al momento en que ya no pudiera hacerlo *per se*, lo cual debe ser tenido en cuenta para la designación del tutor. A propósito de esta sentencia véase: L. B Pérez Gallardo, “La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano?”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 2, 2009, pp. 131-186.

3. Poderes preventivos

Señala Engelhardt que si una persona nombra un poderhabiente para que elija por ella, bien con instrucciones específicas, bien con la instrucción de carácter general “haz lo que quieras”, la segunda persona es una extensión moral de la libertad de la primera y refiere más adelante que la mayoría de los tutores no actúan basándose en directrices previas (cual si pudiera ser el caso de la autotutela) que otorgan autoridad y ofrecen instrucciones para la elección por poderes. Cuando un tutor habla en nombre de un individuo que nunca ha sido competente o que cuando lo era no dio instrucciones ni transfirió autoridad a nadie, su situación es completamente distinta a la del poderhabiente designado, porque este tutor no es la prolongación de la libertad del individuo.⁴⁴

En Cuba, Delgado Vergara considera que: “los llamados poderes preventivos son aquellos en los que la causa del otorgamiento es la enfermedad que puede afectar al poderdante. En ellos adquiere particular relevancia el carácter *intuito personae*, ya que es tal la confianza del poderdante en el apoderado que lo elige para esa situación de necesidad”.⁴⁵

Como complemento a lo anterior, podemos considerar que este mecanismo de autoprotección jurídica, es un mandato futuro de protección, a cuyo tenor, toda persona mayor de edad, en previsión de su propia incapacidad más o menos acusada, puede encargar a una o varias personas en un mismo mandato, su representación, para el caso de que no pueda por sí sola atender a sus intereses.⁴⁶

Estos pueden ser de dos tipos: el que se otorga para la incapacidad del poderdante, por lo que desplegará sus efectos cuando

⁴⁴ Engelhardt, *op. cit.*, pp. 324-325.

⁴⁵ Delgado Vergara, “Vulnerabilidad y dependencia. Apuntes sobre la protección jurídica a la tercera edad en Cuba”, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁶ A. V. Roldán Sánchez, “Poderes preventivos de autoprotección”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2011, pp. 106-107.

ocurra tal hecho; y el que se autoriza con anterioridad a la incapacidad y comienza a desplegar sus efectos de inmediato, pero el poderdante desea que continúe una vez sobrevenida la incapacidad.

En el ordenamiento cubano no están explícitamente regulados los poderes preventivos, pero tampoco están prohibidos y en atención a que constituyen un tipo especial de poder que desplegará su eficacia al momento de la incapacidad del poderdante, consideramos que pueden ser autorizados bajo la normativa vigente en Cuba, con la necesaria precisión de que entre tanto no sea modificado nuestro Código Civil, en virtud de lo que establece el artículo 409, *c*) en relación con el 414.2, el poder se extingue con la incapacidad del apoderado, entendida la incapacidad según lo preceptuado por el artículo 31 del mismo cuerpo legal, como aquella que es declarada judicialmente, el poder preventivo sólo surtirá efectos desde que la persona pierda sus facultades de discernimiento y hasta que sea declarada su incapacidad por un órgano judicial competente. Distinta se presenta la realidad jurídica foránea en la que, o se presenta una referencia expresa a esta institución jurídica o se ha eliminado la incapacidad como causal de extinción del poder, lo que permite su subsistencia para cumplir los fines queridos por el poderdante para cuando ya no pueda manifestar inequívocamente su capacidad.⁴⁷

Mediante un poder y con carecer preventivo, puede entonces realizar una persona todo un conjunto de estipulaciones para que sean tenidas en cuenta al momento en que sea incapaz.

4. Crédito vitalicio con garantía hipotecaria o hipoteca inversa

Este mecanismo de autoprotección jurídica constituye una interesante fórmula financiera y legal, que permite a las personas mayo-

⁴⁷ Ejemplo de ello lo constituyen el Código Civil español (artículo 1732) y la Ley francesa de Protección a las Personas Mayores, núm. 308, 2007.

res o dependientes, mantener sus necesidades básicas a través de una línea de crédito inversa a la habitual, ya que el tomador del crédito (persona que en la actualidad es capaz), recibirá en préstamo una cantidad de dinero (capital), en un desembolso único o en cuotas periódicas. Pero este capital más los intereses pactados, no será pagado por el tomador del crédito (incapaz), sino por quien resulte obligado al momento del fallecimiento del tomador. Este futuro pago del crédito se garantiza con una hipoteca sobre el inmueble de titularidad del tomador (incapaz). Además de que se le denomina vitalicio, debido a que se pacta el pago de una suma hasta que la persona fallezca, crédito que será pagado a posteriori por sus herederos si quieren conservar la vivienda titularidad de su causante en propiedad⁴⁸ y que está garantizando el crédito recibido.

Esta herramienta permite que una persona pueda recibir una mensualidad por el solo hecho de ser propietaria de una vivienda, que si sus herederos desean conservar después de fallecida la persona, deben pagar al banco o entidad financiera el crédito abonado al propietario mientras vivió.⁴⁹ Constituye además una alternativa ante la necesidad de liquidez, que no implica deshacerse de la vivienda cuya titularidad se ostenta. Es importante destacar que no es posible su utilización en virtud del ordenamiento jurídico civil cubano, por cuanto a partir de las Leyes de Reforma Urbana, se eliminó la hipoteca como garantía de las obligaciones, siendo posible solamente la modalidad de hipoteca naval o área y no sobre bienes inmuebles como la vivienda, siendo el caso de la institución que se analiza.

⁴⁸ L. A. Lucero Eseverri, H. R. Pozzi, “El fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 2, 2009, pp. 17-64.

⁴⁹ Es muy interesante significar que determinadas legislaciones como la española y la norteamericana establecen una edad mínima para concertar este tipo de contratos, así la primera establece 65 años (Ley núm. 41/2007 de 7 de diciembre) y la segunda 62 (Home Equity Conversión Mortgage de 22 de diciembre de 1987).

Resulta interesante que, independientemente de que no pueda ser autorizado a la luz del ordenamiento jurídico cubano, dos de los encuestados lo hayan mencionado.

5. *Contrato de alimentos*

Este tipo contractual ha surgido ante la necesidad de determinado sector poblacional dependiente, de obtener cuidados y atención más allá del pago por la prestación de determinados servicios, ya que no era suficiente el dinero que podía reportar, por ejemplo: la venta o arrendamiento de un bien inmueble, ya que ello no suplía los requerimientos de cuidado y condiciones de vida de este tipo de personas. El contrato de alimentos consiste en la transmisión de bienes o derechos a cambio de vivienda, manutención, cuidado de su salud u otros conceptos, para las personas allí designadas, sea el propio contratante o un tercero. En relación con su denominación cabe realizar una precisión y es que aunque se utilice el término alimentos, este contrato contiene muchas más prestaciones y no sólo la de alimentar al beneficiario, pues incluye la obligación para la otra parte de atender, cuidar y garantizar las condiciones de vida en general, del que en la actualidad es incapaz. Se nos presenta este negocio como un contrato atípico, sobre el que no existe una prohibición expresa en la normativa cubana, de tal manera que pudiera ser posible su autorización, siempre que se trate de la transmisión de bienes sobre los que no exista prohibición de compra venta; aunque sí pudieran ser utilizados otros de gran valor, como los automóviles.

6. *Seguro de dependencia*

Constituye una modalidad especial del contrato de seguro, conforme con la que una entidad aseguradora se obliga, mediante el

pago de una prima (cantidad que se abona con carácter periódico), a garantizar el interés del asegurado en cuanto a las consecuencias que resulten del riesgo cubierto por el contrato. En este caso el riesgo cubierto será la situación de dependencia en la que se encuentre el asegurado o un beneficiario designado por él, ya sea por el padecimiento de una enfermedad o provocado por el proceso normal de envejecimiento. Con la utilización de esta herramienta jurídica puede una persona contratar en la actualidad mediante el pago de las primas, que en el futuro cuando se encuentre en una situación de dependencia, la entidad aseguradora realice determinados pagos o cubra determinados servicios, también acordados en el seguro de dependencia.

El contexto jurídico cubano en materia de seguro dio un giro copernicano a partir de la promulgación del Decreto Ley núm. 263/2008, que en su artículo 7 estipula que el contrato de seguro puede cubrir cualquier clase de riesgo, si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley, condiciones que se cumplen para el seguro de dependencia, ya que según lo establecido en el artículo 28 del propio texto normativo, el riesgo es la posibilidad contemplada en el contrato de seguro, de que ocurra un determinado evento, es decir, un acontecimiento o suceso futuro e incierto, imprevisto, dañoso en la persona, en sus responsabilidades o en sus bienes, requisitos todos que se cumplen con la incapacidad sobrevenida que puede afectar a las personas. Nótese que es fundamental a los efectos de este contrato la incertidumbre sobre la ocurrencia del hecho, motivo por el que una persona que ya ha sido diagnosticada con alguna enfermedad progresiva como el Alzheimer no puede en ese momento hacer uso de este mecanismo de autoprotección, sino que debió haberlo concertado mucho antes, cuando aún no había sospecha alguna del padecimiento.

VI. ASPECTOS EXTRAPATRIMONIALES SOBRE LOS QUE SE PUEDE DECIDIR

Usualmente se han asociado los instrumentos analizados anteriormente con las directrices anticipadas sobre la calidad de la muerte, pero en este caso debemos ampliar nuestro horizonte y comprender que la mayoría de las cuestiones a decidir repercuten pero en la calidad de vida a que aspira esa persona en sus últimos años.

Por otra parte, esta enumeración no debe ser vista como *numerus clausus* sino sólo como una referencia a las más utilizadas, ya que el tema de los mecanismos de autoprotección y las directivas anticipadas está muy lejos de ser considerado como saturado, en tanto cada día surgen nuevas inquietudes a las que el Derecho y, sobre todo, el notario en su labor asesora y creativa, deben ser capaces de responder. Los aspectos más polémicos sobre los que se han desatado numerosos debates éticos, políticos, sociales y jurídicos, son las disposiciones sobre el mantenimiento de la vida y el derecho a la integridad corporal, relacionados en la mayoría de los casos con decisiones provenientes de procedimientos médicos. A este tenor se puede manifestar sobre la donación de órganos y tejidos, así como el uso de su cuerpo con fines educativos o científicos, antes del fallecimiento o después de éste.

Además se puede designar mandatario, apoderado o fiduciario, tal como ya ha sido analizado, así como sobre su futuro representante legal, ya sea tutor o curador. También se puede decidir en qué institución médica ser tratado e inclusive que médico lo hará, así como sobre el cuidado de su persona en los más variados ámbitos, que pueden estar relacionados con las creencias religiosas y costumbres que la persona desea la acompañen hasta su muerte. Igualmente se pueden dar instrucciones relativas al entierro, lugar del sepelio y la cremación.

VII. ASPECTOS PATRIMONIALES SOBRE LOS QUE SE PUEDE DECIDIR

En segundo lugar también son importantes los aspectos patrimoniales sobre los que las personas pueden manifestarse, así es usual que se realicen estipulaciones en relación con la administración de sus bienes, incluidos los actos de disposición que se puedan realizar o los que, por el contrario, desea que no se hagan.

De igual forma puede designar a las personas que podrán decidir sobre las modificaciones a realizar en su vivienda (divisiones, remodelaciones, ampliaciones, etc.) u otros bienes. También se tiene la posibilidad de designar un fiduciario, para que administre determinado negocio o bienes y establecer directivas además sobre lo que desea se haga con esos ingresos.

VIII. NORMATIVA APLICABLE EN CUBA

Como ya hemos venido analizando, en nuestro ordenamiento jurídico no encontramos una referencia expresa de los denominados mecanismos de autoprotección, no obstante, excepto para el caso de la hipoteca inversa, no existe impedimento alguno para su utilización debido a que tampoco existe norma alguna que los prohíba.

En los acápites anteriores y al desarrollar cada uno de ellos, hemos mostrado la posibilidad real de su implementación en el ordenamiento jurídico cubano, pero de manera general podemos razonar, que estaría fuera de toda lógica que en virtud de las normas de Derecho civil que las personas, en tanto tengan la capacidad para ello, puedan disponer de sus bienes e incluso decidir sobre cuestiones extrapatrimoniales en su testamento, con efectos después de la muerte del testador, y que por el contrario no se pudiera decidir sobre estos mismos particulares, para cuando aún estemos

vivos, pero ya no poseemos la capacidad necesaria para manifestar nuestra voluntad inequívocamente.

IX. CONCLUSIONES

El ejercicio de la autonomía de la voluntad por los enfermos de Alzheimer en previsión de su propia incapacidad, se caracteriza por la existencia de condicionantes para su ejercicio como: ejercitarla en la etapa inicial de la enfermedad, poseer capacidad jurídica de obrar, la manifestación inequívoca de su voluntad, la conciencia, el discernimiento, la lucidez y tener una capacidad cognitiva suficiente.

La posibilidad de ejercicio de la autonomía de la voluntad por los enfermos de Alzheimer debe ser valorada por dos o más personas y la no existencia de normas expresas que la regulen en el ordenamiento jurídico cubano, unido al desconocimiento sobre su existencia, influyen en su no utilización por los enfermos de Alzheimer en previsión de su propia incapacidad.

Los mecanismos de autoprotección jurídica se caracterizan por ser actos voluntarios y tener un carácter preventivo, realizarse de forma verbal o escrita y desplegar su eficacia cuando la persona se encuentre impedida de hacerlo, de forma temporal o permanente, siempre que con ello no se cause daño o perjuicio a otro y se relacionan directamente con la posibilidad o no, de ejercicio de la autonomía de la voluntad de los enfermos de Alzheimer y predomina un desconocimiento sobre ellos, lo cual influye necesariamente en su utilización en el ámbito cubano.

Por todo lo anterior podemos concluir que uno de los aspectos que influye en el no ejercicio de la autonomía de la voluntad por los enfermos de Alzheimer en previsión de su propia incapacidad es que el contexto jurídico cubano actual en su conjunto, contemplando el ámbito jurídico, el asistencial y el social en general, no

favorecen el ejercicio de la autonomía de la voluntad de estos enfermos, influyendo *a posteriori* en la calidad del final de sus días.

X. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales

Acosta, J., *Los árboles y el bosque. Texto y contexto bioético cubano*, Publicaciones Acuario, 2009.

Albaladejo, M., *Derecho civil I. Introducción y parte general*, Barcelona, Bosch, 2002.

Amunátegui Rodríguez, C., “¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *Revista de Derecho Privado*, núms. 1-2, 2006.

Arango Lopera, Victoria Eugenia, “Dilemas éticos en etapas leves de la enfermedad de Alzheimer. Decirle o no la verdad al paciente”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, Bogotá, vol. 8, núm. 1, enero-junio de 2008.

Arnau Moya, Federico, *Derecho civil I. El derecho privado de la persona*, Castelló de la Plana, Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2003.

Berrocal, Ana Isabel, “El apoderamiento o mandato preventivo como medida de protección de las personas mayores”, *Informe de Portal Mayores*, núm. 78, 2008. Disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/bto-01.pdf> [Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2011].

CEPAL-Celade, *Boletín Demográfico. América Latina y el Caribe: el envejecimiento de la población 1950-2050*, Naciones Unidas, 2003. Disponible en www.eclac.org/publicaciones/xml/1/171/LCG11.pdf. [Fecha de consulta: 13 de junio de 2013].

- Bonfanti, M. L., “El derecho de autoprotección en la provincia de Chaco”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Argentina, núm. 5, 2009.
- Bórquez, Gladis, *et al.*, “Capacidad de los pacientes para tomar decisiones en salud. Actitud y significado para médicos y abogados”, *Acta Bioética*, año XIV, núm. 2, 2008.
- Cárdenas González, Fernando A., *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, México, Porrúa, 2006.
- Castro y Bravo, F. de, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.
- Cifuentes, Santos, *Elementos de derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- Delgado Vergara, Teresa, “Vulnerabilidad y dependencia. Apuntes sobre la protección jurídica a la tercera edad en Cuba. Derecho, minorías y grupos vulnerables: otra mirada a la discapacidad”, *Revista IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año IV, 2010.
- _____, “El negocio jurídico contractual”, en Nancy Ojeda Rodríguez, *Derecho de contratos*, t. I, La Habana, Félix Varela, 2003.
- Díaz Magrans, M. M., *La tutela. Posibilidad de una mayor intervención notarial*, La Habana, Tesis de especialidad, 2008.
- Diez-Picazo, L., A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1984.
- Egea, Ricardo, “Incapacidad natural e incapacidad legal. Personas con incapacidad natural. Nulidad o anulabilidad de los actos o contratos”, 2008. Disponible en www.libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/incapacidad-anulabilidad-232841.pdf [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2011].
- Engelhardt, T., *Los fundamentos de la bioética*, Barcelona, Paidós, 1995.
- Espín Cánovas, Diego, *Manual de derecho civil español*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.

- Fariás, Gisela, *Directivas médicas anticipadas*. Disponible en www.fmvuba.org.ar/antropologia/Nro1Marzo2006/directivas%20medicas.asp. [Fecha de consulta: 1o. de septiembre del 2011].
- Fernández Martínez, M., “Discapacidad y patrimonio en sujetos mayores de edad. Panorámica de su protección jurídica en Cuba”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Argentina, núm. 5, 2011.
- Giménez, M., *Voluntad Anticipada-Autocuratela*, 2009. Disponible en www.elobservatorio.org/.../revista-instituto-de-derecho-e-integracionnum-1-2009-pdf. [Fecha de consulta: 29 agosto 2011]
- Kemelmajer, Aída, “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, 2006. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000100004&script=sci_arttext].
- Llambías, Jorge, *Tratado de derecho civil*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1995.
- Libre, Juan de J., Julia García y Milagros Guerra, “Consideraciones éticas y sociales en la enfermedad de Alzheimer”, *Revista Cubana de Investigación Biomédica*, vol. 18, núm. 1, 1999. Disponible en http://www.sld.cu/revistas/ibi/vol18_1_99/ibi19199.pdf. [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2011].
- Llorens, L. R. y A. B. Rajmil, “Derecho de autoprotección”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Argentina, núm. 1, 2009.
- Lucero Eseverri, Roberto, H. Pozzi, “El fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Argentina, núm. 4, 2010.
- _____ y P. E. Marzuillo, “Nuevos paradigmas en la representación legal de las personas con discapacidad”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2011.
- Moreno Nápoles, R. J., *Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela*, La Habana, Tesis de Especialidad, 2007.

- Pereña Vicente, M., “La Convención de las Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, *IUS. Revista del Instituto Jurídico de Puebla*, núm. 26, 2010. Disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=293222980004> [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2012].
- Pérez Gallardo, L. B., *De la autonomía de la voluntad y de sus límites*, en Pérez Gallardo L. [coord.], *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, La Habana, Félix Varela, 2000, pp. 177-230.
- _____, *La eficacia contractual I. Principios generales*, Ojeda Rodríguez, N. de la C. [coord.], *Derecho de contratos*, t. I, La Habana, Félix Varela, 2003, pp. 280-329.
- _____, “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, *Nuevos perfiles del derecho de familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- Roldán Sánchez, A. V., “Poderes preventivos de autoprotección”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, núm. 5, 2006.
- Valdés Díaz, Caridad del C., “Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, núm. 26, 2010. Disponible en <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=293222980003> [Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2012].

Legislación

- Código Civil de la República de Cuba*, Ley número 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Madrid, Dykinson, 2005.
- Ley de las Notarías Estatales*, Ley número 50/1984, del 28 de diciembre, Ministerio de Justicia, La Habana, 1988; *Código de Familia de*

la República de Cuba, Ley número 1289/1975, de 14 de febrero, Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley número 7/1977, del 19 de agosto, La Habana, Ministerio de Justicia, 2004.

Código Civil del Reino de España, del 6 de octubre de 1888, Madrid, Tecnos, 2005.