

La patria potestad prorrogada en Cuba. Valoraciones esenciales para su normalización

*Extended parental rights in Cuba.
Ratings essential for standardization*

LISANDRA SUÁREZ FERNÁNDEZ¹
Universidad de Matanzas, Cuba

RECEPCIÓN: 14/12/2015 • ACEPTACIÓN: 30/12/2015

RESUMEN La viabilidad de inclusión de la patria potestad prorrogada en las normas sustantivas y procesales cubanas apertura la senda a una protección más efectiva a los hijos que, una vez arribada la mayoría de edad, no cuentan con la posibilidad de dirigir el alcance de sus actos y regir su voluntad; especialmente si se contrasta con la constitución de la tutela como única alternativa posible en el ordenamiento jurídico patrio ante este supuesto. Bajo ese razonamiento se exponen criterios en el orden teórico y normativo a los fines de fundamentar su necesaria acogida en materia familiar, salvando al tiempo con doctrinales argumentos, lagunas e imprecisiones de los más recientes anteproyectos de reforma del Código de Familia. Bajo una mirada de seguridad y lógica jurídica quedan expuestos criterios que, tenidos en cuenta pudieran contribuir al entorno de ineludible reforma que hace unos años reclama el Derecho de Familia en Cuba. La aplicación de esta variante de la institución natural de la patria potestad a puntuales circunstancias que lo ameritan, muestra una protección más efectiva para los sujetos en análisis frente a la tutela como institución vigente dirigida a su tuición.

1. Magister en Derecho de Familia. Profesora Asistente de la Universidad de Matanzas, Cuba. Correo: lisandra.suarez@umcc.cu.

PALABRAS CLAVE Patria potestad prorrogada, tutela, incapacidad.

ABSTRACT The feasibility of including extended parental authority in substantive and procedural rules Cuban opening the way to more effective protection of children, once reached of age, do not have the ability to target the scope of their actions and govern their will; especially if it contrasted with the establishment of guardianship as the only possible alternative in the legal system native to this course. Under that reasoning criteria set out in the theoretical and normative order in order to justify their necessary acceptance in family matters, saving the time with doctrinal arguments, gaps and inaccuracies in the most recent draft reform of the Family Code. Under a look of security and legal logic are exposed criteria, taken into account the environment could contribute unavoidable reform a few years ago claimed the Family Law in Cuba. The application of this variant of the natural institution of parental authority to specific circumstances warrant, shows a more effective protection for subjects in custody analysis against existing institution run as his tuition.

KEYWORDS Custody extended, guardianship, disability.

Introducción

«Esta potestad tuitiva es general porque se refiere o comprende la suma de los intereses y relaciones con el menor o incapaz, sean de carácter personal o patrimonial, y en principio, en ambas esferas de actuación corresponde a los padres la responsabilidad del hijo».

LETE DEL RÍO

El Derecho de Familia se configura como una rama del ordenamiento jurídico constituida por el conjunto de preceptos legales que regulan las polémicas y disímiles relaciones jurídicas familiares, que se crean entre los miembros de la familia, de tipo personales, sociales y materiales².

Dentro de las múltiples instituciones que la conforman se incorpora por regla en las normas familiares un espacio para el instituto de la patria potestad, la que comprende la guarda y cuidado, educación, formación, corrección,

2. MESA (2007) p. 22.

representación de los hijos en los actos y negocios jurídicos en que sean parte, así como la administración de sus bienes³.

Cuba en el ámbito de la patria potestad revela la necesidad de rediseñar la concepción tradicional de la institución consagrada en la norma sustantiva familiar; puesto que la misma circunscribe su ámbito de protección únicamente para los hijos menores de edad.

Tal limitación impide abrigar bajo el amplio espectro de la institución a los descendientes que si bien no cumplen con el requerimiento de la minoría, padecen de alguna enfermedad o insuficiencia psíquica o física de carácter persistente, que les impide gobernarse por sí mismos al llegar a la mayoría, dejando solo como variante la declaración de incapacidad judicial, supuesto para el cual la ley cubana prevé la constitución de la tutela, como única institución de guarda admitida.

Para una protección más efectiva ante este supuesto se ha generado en la actualidad una nueva expresión de la institución de la patria potestad, denominada patria potestad prorrogada, novedad que, pese a su éxito en ordenamientos jurídicos foráneos, no ha sido prevista por la norma sustantiva familiar cubana, aún y cuando ha sido política legislativa volcada en los anteproyectos del Código de Familia cubano, como una de las novedosas concepciones que amplían la protección a los hijos, sin embargo la dilación de su aprobación motiva inquietudes científicas y refuerza el reflejo social de su necesidad.

Las razones anteriormente expuestas admiten plantear como interrogante científica de la investigación lo siguiente: ¿Cómo la ausencia de regulación de la patria potestad prorrogada en el ordenamiento jurídico cubano vigente incide en la protección jurídica de los hijos que al arribar a la mayoría de edad no pueden alcanzar su plena capacidad de obrar?

Bajo tales pretensiones se declaran como objetivos sistematizar presupuestos teóricos y conceptuales de la patria potestad, la incapacidad, la tutela y la patria potestad prorrogada, tal como valorar la protección jurídica que otorga la normativa cubana vigente a los hijos mayores de edad declarados incapacitados judicialmente y proponer bases teóricas que tributen a futuros estudios en torno a una modificación del ordenamiento jurídico cubano en el ámbito familiar.

3. Artículo 85 del Código de Familia cubano, de 1975.

1. Aproximación teórica a la institución de la patria potestad prorrogada

La edad y la enfermedad figuran como causas que inciden en la capacidad de obrar, puesto que ambas impiden al sujeto realizar actos jurídicos por sí. La edad marca las diferentes etapas por las que transita la persona, durante las cuales carece absolutamente de capacidad, la posee de manera restringida o la disfruta plenamente. El padecimiento de una enfermedad a su vez puede provocar en el sujeto la carencia total de discernimiento y, en consecuencia, influir en el ejercicio personal de sus derechos aun y cuando arribe a la mayoría de edad, supuesto que hace imprescindible una postura previsorá desde el campo del Derecho concibiendo como se regirá la esfera personal y patrimonial del individuo.

Cuando la incapacidad no se debe a la minoría de edad, sino al padecimiento de una enfermedad, que previsiblemente perdurará después de su mayoría de edad, se implementa en la actualidad la patria potestad prorrogada como instituto más garantista para la protección de los descendientes.

La concepción de la patria potestad ha sido objeto de una total reforma desde los tiempos del antiguo Derecho Romano hasta la contemporaneidad experimentado una mutación paulatina que fluctúa de un poder absoluto del padre hasta un régimen más tolerante.

La institución para los romanos se erigía sobre la base de un arsenal de derechos ilimitados reconocidos al jefe de familia considerado como propietario de sus hijos, de lo que se derivaba el derecho a enajenarlos, darlos en prenda o abandonarlos en reparación de un perjuicio que hubiesen causado a un tercero, revelándose una autoridad que abarca el darles vida y muerte, y la prerrogativa de pertenecerles todo lo que adquirirían los mismos. El ejercicio de tal poder no se circunscribía a la minoría de edad de los hijos, sino que era prolongado, de manera que, culminaba por el deceso del jefe, por haber perdido este o el hijo la libertad o la ciudadanía, por la emancipación del hijo o por haberlo dado en adopción. Su expresión se extendía a las relaciones personales y patrimoniales, y se centraban mayormente en el *pater* familias que en los hijos, por lo que puede entenderse que su fundamento radica en afianzarla soberanía y el poder absorbente del jefe de familia.

El debilitamiento progresivo de la autoridad paterna dio lugar a la transformación de la antigua patria potestad despótica y perenne en una autoridad moderada y temporal.

Fue en el Derecho Medieval que alcanzó el instituto su carácter temporal, operando sólo mientras se hallaba el hijo durante la minoría de edad. En este período debido a la influencia de la Iglesia, aparecen vestigios de un sistema caracterizado por una patria potestad conjunta y solidaria del padre y la madre.

A *posteriori*, con el discurrir del tiempo, la noción tradicional de este instituto quedó obsoleta, por lo que ya no se trataba de una potestad o autoridad exclusiva del *pater familias*, sino que se va erigiendo como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación⁴. Es innegable que la denominación de patria potestad es tradicional, pero en realidad no responde estrictamente a su concepto actual, pues el Derecho moderno no la caracteriza simplemente como autoridad paterna sino como una institución del Derecho de Familia encaminada más bien a la protección de los hijos menores, su educación y preparación para su mejor desenvolvimiento en la vida⁵.

Actualmente la patria potestad es concebida como un derecho-deber. Las facultades que la integran se conceden, por tanto, en función de los deberes que emanan de ella, siendo una función tuitiva sobre el menor que se confía a los padres de acuerdo con el derecho natural de los mismos de educarlos y tenerlos en su compañía.

Múltiples son los conceptos que sobre la patria potestad han ofrecido los catedráticos del Derecho. Puig Peña la define como: «...aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida reclamada por las necesidades de éstos»⁶.

Bajo compatibles razonamientos Castán Vázquez la conceptualiza como: «el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de los hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole»⁷.

Para Planiol era considerada como el «conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales»⁸.

4. ESPÍN (1984) p. 436.

5. BELLUSCIO (2004) p. 353.

6. PUIG (1971) p. 146.

7. VELAZCO (2008) p. 19.

8. PLANIOL y RIPERT (1946) p. 251.

Por su parte César Belluscio alude que es «el conjunto de deberes y derechos que incumben a los padres con relación a la persona y los bienes de los hijos menores de edad no emancipados»⁹.

Al respecto la cátedra cubana en la voz de la Dra. Velazco, se afilia al criterio de entender a la patria potestad como «el conjunto de derechos-deberes ejercidos por el padre y la madre en función del beneficio de los hijos menores de edad, no emancipados, de acuerdo con la personalidad de estos»¹⁰.

Ilustradas algunas concepciones que sobre patria potestad se ofrecen en la doctrina, es criterio concordante reconocer su función tuitiva, dirigida a la protección de los hijos menores no emancipados, a través del conjunto de derechos-deberes concedidos a los progenitores, resaltando la definición que al respecto ofrece Velazco, cuando vincula su ejercicio el desarrollo de la personalidad del menor, elemento de singular relevancia devenido en una exigencia social.

En los derechos y deberes que ilustran las definiciones ofrecidas se haya implícito el contenido de la patria potestad, desdoblada en dos aspectos fundamentales, a saber: el personal y el patrimonial.

El primero está referido al conjunto de derechos y deberes de los padres dirigidos al cuidado y protección de la persona de los hijos en función del desarrollo de su personalidad. El segundo comprende los actos de administración de sus bienes, así como la representación de estos en los actos o negocios jurídicos en que sean parte.

En las normativas concernientes a la patria potestad se encuentran interrelacionados armónicamente el aspecto patrimonial y personal, cuestión que queda fundamentada magistralmente por el autor Diego Clemente al expresar: «Los patrimoniales son siempre en su reglamentación jurídica, una consecuencia o secuela de las personas, porque en efecto los bienes son siempre para las personas, como medios útiles que son para sus necesidades, y así según sea el modo de concebir a aquellas, y el modo de reglamentarlas, así se concebirán y reglamentarán los patrimoniales»¹¹.

Una vez determinada la filiación —sea natural o adoptiva— cobra vida la institución de la patria potestad, que posee un carácter natural, dado que los hijos menores de edad requieren la protección de sus progenitores; y a su vez,

9. BELLUSCIO (2004)p. 353.

10. VELAZCO (2008) p. 20.

11. ALCÁNTARA (2010) p. 461.

los padres sienten la obligación de protegerlos; constituyéndose una obligación de carácter personalísimo que deriva en el carácter intransferible de su titularidad y ejercicio¹².

Se le reconoce además su condición de irrenunciable, o sea, no puede ser objeto de excusa ni de renuncia, debido a su carácter imperativo e indisponible, dado que se fundamenta esencialmente en el interés principal del menor, y además, es un deber de los padres, en virtud de supremos principios de moral familiar y razón social del Estado.

La titularidad y ejercicio de la patria potestad en la contemporaneidad es conjunto y constituye un deber de ambos progenitores por igual según la ley, salvo por causas excepcionales, como el fallecimiento, suspensión o privación de su ejercicio, casos en que podrá ejercerse por uno solo de ellos.

Unido a los anteriores rasgos se señala su signo de temporalidad, lo que significa que los hijos mayores de edad y los emancipados no alcanzan la protección que se deriva de la patria potestad. Cuando el sujeto llega a la mayoría de edad adquiere su plena capacidad, dejando de estar supeditado a la patria potestad para ejercer todos los derechos de que es titular y realizar actos jurídicos válidos sin la intervención de terceros.

En caso de que adolezca de alguna enfermedad o deficiencia de carácter psíquico o físico, que anule o impida el ejercicio por sí de sus derechos, y se prevea que se prolongará por un largo período de tiempo, después de su mayoría de edad, se demanda protección mediante instituciones tuitivas del Derecho de Familia, previa declaración judicial de incapacidad.

Ante esta problemática ha surgido la postura doctrinal y normativa de extender el ejercicio de la patria potestad a la mayoría de edad frente a la designación de otras instituciones de guarda, propuesta que se asienta en la siguiente idea: «Para la mayor protección de los hijos y evitar la promoción del expediente de tutela ante los tribunales, se prevé actualmente la posibilidad de prorrogar la patria potestad de los padres en caso de discapacitados severos antes de que estos arriben a la mayoría de edad»¹³.

La renovadora institución parte del supuesto de una incapacitación judicial

12. Sobre este particular, señala la Dra. Velazco Mugarra, que «la patria potestad no puede cederse, es intransmisible, pero pueden los progenitores valerse de tercero para ejercer el Derecho y el deber de educar y custodiar al hijo, como ocurre con el internado del colegio o el cuidado a cargo de un familiar allegado». VELAZCO (2008) p. 26.

13. KEMELMAJER *et al* (2006) p. 365.

del menor, cuando se prevea que experimenta un padecimiento que le impedirá dirigir su conducta y medir el alcance de sus actos luego de arribar a la mayoría de edad de modo duradero e ininterrumpido.

De manera que, llegado el momento de la mayoría y bajo el supuesto anteriormente concebido puede la patria potestad prorrogarse, por ministerio de la ley, con la extensión y alcance que determine la resolución judicial que determine la incapacidad.

Resulta polémico en este sentido el hecho de que la promoción de la declaración de incapacidad como paso previo a la proclamación de la patria potestad prorrogada acontezca durante la minoría de edad puesto que el sujeto es propiamente incapaz por razón de la edad, lo que daría lugar a cuestionamientos en torno a proclamar incapacitado a quien ya lo es en virtud de una causa natural que limita su capacidad de obrar.

Al respecto la doctrina sustenta la conveniencia de que tal resolución judicial sea en esa etapa bajo el fundamento de evitar que el hijo quede desprotegido durante el período de tiempo que transcurre entre la llegada de la mayoría de edad y la culminación del proceso, proponiendo al tiempo que se promueva en una edad próxima a la concebida por el ordenamiento en cuestión para alcanzar la mayoría.

La exigencia de que la enfermedad sea duradera es esencial para que opere la institución, o sea, que la enfermedad o padecimiento sea crónico o de larga duración, excluyéndose por tanto su corta permanencia.

En el orden de las generalidades resulta de obligada mención las causas específicas por las cuales pudiera extinguirse. Para ello debe partirse del razonamiento de que como patria potestad al fin, termine por las causas previstas para la institución en situación normal como son: la muerte o declaración de fallecimiento tanto de los padres como del hijo, la adopción y la privación de la patria potestad, añadiéndose por razón de su naturaleza el cese de la incapacidad, pues aunque la enfermedad se presuma perdurable en estos casos pudiera desaparecer, supuesto en el cual se restablecería la capacidad del sujeto.

De lo anterior se deduce que son requisitos esenciales para que tenga lugar la patria potestad prorrogada que el menor esté sujeto a la patria potestad y no al régimen de tutela; que padezca alguna enfermedad o deficiencia psíquica o física duradera que le imposibilite gobernarse por sí¹⁴ mismo al llegar la mayo-

14.El término gobernarse por sí mismo hace alusión no sólo a que una persona pueda por sí misma cumplir sus funciones vitales, dígase higiénicas, de alimentación,

ría de edad, y que sea declarado incapacitado judicialmente en fecha cercana a la determinada para la obtención de la plena capacidad.

2. Capacidad e incapacidad. Nociones de la enfermedad como causa limitativa de la capacidad de obrar. Nexos con la patria potestad prorrogada

La capacidad jurídica es la aptitud que tiene el sujeto para la titularidad y ejercicio de derechos y para contraer obligaciones por sí, pudiéndose conceptualizar como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, que se manifiesta respecto a relaciones jurídicas determinadas.¹⁵

Para Albaladejo es «...la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, o, con otra expresión, de derechos y obligaciones»¹⁶.

Dicha capacidad jurídica se despliega en dos vertientes fundamentales a saber: la capacidad de derecho, de goce o de adquisición y la capacidad de obrar, de hecho o de ejercicio.

La capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Se reconoce a todas las personas por el solo hecho de serlo, pues constituye un atributo inherente a la misma que se adquiere desde el nacimiento, siendo inseparable de la concepción del ser humano.

De otra forma, la capacidad de obrar es la aptitud que tiene el sujeto para realizar actos jurídicos válidos por sí, sin la necesidad de la intervención de terceras personas.¹⁷ No constituye esencia del sujeto, sino que puede variar de unos a otros, al no encontrarse presente en todas las personas, ni manifestarse de igual modo en las que la poseen, pues requiere de intelecto y voluntad, caracteres que no se manifiestan idénticamente en todo individuo. En ese sentido se puede ostentar plena capacidad de obrar, capacidad restringida o carencia total de capacidad.

o de movilidad, sino que pueda llevar a cabo todos los actos o negocios jurídicos que requiere la vida ordinaria, desde los más elementales como cubrir sus necesidades de transporte hasta gestionar su patrimonio. De ahí pues, que la capacidad de autogobierno esté referida al normal comportamiento de una persona de acuerdo con su vida, relaciones personales, sociales y patrimoniales.

15. VALDÉS (2000) p. 109.

16. ALBALADEJO (2002) p. 213.

17. VALDÉS (2000) p. 110.

La capacidad de obrar se presume plena como principio general y permite al sujeto ejercer por sí todos sus derechos y realizar actos jurídicos eficaces. Se adquiere por regla general por la mayoría de edad o por emancipación.

La capacidad restringida se manifiesta como una limitación parcial de la capacidad de obrar, en la que se establece como presunción que el individuo tiene aptitud para el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones sin auxilio de terceros y al mismo tiempo estará imposibilitada de actuar por sí en otros actos jurídicos, para los que requerirá el auxilio de otra persona. La ley otorga a los sujetos en este caso una condición especial, que les permite un ámbito limitado de actuación¹⁸.

En cambio, la incapacidad tiene lugar para las personas que no puedan regirse por sí solas, ya sea por motivo de su minoría de edad o por haber sido declarados incapacitados judicialmente por poseer una enfermedad psíquica o física severa aun siendo mayores de edad.

Recorrer las cuestiones básicas en torno a la capacidad es cuestión inevitable al abordar la figura en análisis, a los fines de corroborar que es necesario que la persona se encuentre despojada de capacidad al arribar a la mayoría de edad, para que se haga efectiva tal institución.

El decursar del tiempo hace variar el elemento edad y en consecuencia llega un período en que no se precisa de patria potestad. Todo lo contrario ocurre con la enfermedad, que en caso de provocar la carencia de capacidad en el sujeto conduce a la necesidad de promover la declaración judicial de incapacidad, siendo imprescindible suplir el ejercicio de la capacidad durante su vigencia, a través de una institución tuitiva.

La enfermedad se define como toda alteración de las condiciones normales de vida de la persona»¹⁹; de ahí que pueda constituir una causal natural de restricción de la capacidad de obrar.

Existe una clasificación que permite distinguirlas entre enfermedades físicas y psíquicas, privando las primeras de la capacidad de obrar, solo cuando impiden a la persona actuar de modo consciente y voluntario, por lo que implican por lo general, la imposibilidad de actuar solo en los actos para los que se requiera de la cualidad física afectada.

18. KEMELMAJER *et al* (2006) p. 363.

19. CLEMENTE (1989) p. 371 y ss.

En torno a la enfermedad mental no pocos han sido los términos que de ellas se han ofrecido, pero desde las ciencias jurídicas, para evitar disparidad de criterios con el ámbito psicológico, se ha empleado el de enajenación mental, que incluye todos los tipos de patologías de la psiquiatría²⁰.

Dentro de las disímiles patologías médicas que impiden al sujeto regirse por sí resaltan las de tipo psiquiátrico o de base neurológica, incluyéndose la demencia senil, el alzheimer, la esquizofrenia, la enfermedad de Parkinson, la arterioesclerosis, la esclerosis múltiple y otras provocadas por accidentes vasculares encefálicos severos.

En los casos que la enfermedad produce en el sujeto carencia de inteligencia y voluntad, elemento este último esencial para la intervención en actos jurídicos, se requiere la promoción de un proceso judicial en que sea declarado el sujeto incapacitado signando como nula en lo adelante su capacidad.

Tales razonamientos en el marco de la institución en análisis permiten concluir, que en el caso de los menores de edad próximos a alcanzar la mayoría de edad para que pueda ser decretada la patria potestad prorrogada, se deberá evaluar el alcance y duración de la enfermedad que padece a los fines de constatar que le impide actuar *per se*, con lo cual quedará fundamentada la extensión de la actuación de los progenitores.

3. Patria potestad y tutela. Afines y divergentes

La tutela es la institución protectora, no emanada directamente de la naturaleza, sino en virtud de un mandato legal. Es una institución alternativa a la patria potestad, mediante la cual se provee de representación, protección y asistencia a los que no pueden gobernar su persona y sus bienes, siendo la función esencial del tutor proteger la persona del incapaz y administrar su patrimonio de manera que rinda al máximo sus beneficios en provecho del tutelado.

El jurisconsulto romano Servio Sulpicio al definir la tutela expresó que era un poder sobre una cabeza libre (...), de manera que la persona bajo ese poder tenía que ser *sui iuris* lo que significaba no estar bajo la patria potestad²¹.

20. RIVERO (2002) p. 15.

21. DE COUDER (1894) p. 122.

Peral Collado, señaló, 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 mismo²².

Los criterios doctrinales son coincidentes en afirmar que la institución tutelar posee como objeto la protección de la persona y bienes del incapaz, siendo definida como una institución jurídica, o sea, como conjunto de normas y preceptos armónicamente conexos, que poseen la finalidad de defender, cuidar y proteger de la persona y los intereses patrimoniales de los judicialmente incapacitados.

El tutor es quien tiene bajo su protección a la persona incapaz procurando siempre su rehabilitación y su bienestar; debiendo administrar su patrimonio, actuando en su nombre e interés, en tanto funge como su representante legal. Se considera que ocupa un cargo de interés público dado que es la ley la que determina las causas de incapacidad, la admisión y exclusión de los oficios tutelares y la sujeción de estos últimos a la autoridad judicial.

Entre sus caracteres se reconoce el de ser indivisible y unitaria pues es atribuida a una sola persona, no pudiendo fraccionarse entre varios titulares, por ende una persona solo puede tener un tutor. Tal rasgo motiva la problemática de a qué padre será otorgada para el caso de aquellos menores que una vez extinta la patria potestad deben someterse al régimen tutelar. En igual sentido se señala su función alternativa pues, en el caso de los menores de edad, solo tiene lugar cuando ellos no están sujetos a la patria potestad.

Resulta innegable que la tutela en sus albores fue creada en el modelo de la patria potestad, siendo el tutor continuador del *pater* familia. Existe pues, gran similitud entre la tutela y la patria potestad, pues el objeto de ambas radica en la educación del sujeto a ellas supeditado y la administración de sus bienes, pero difieren entre sí, puesto que se concede a los padres un poder más amplio que el de los tutores.

Ambas instituciones tienden a ser aproximadas, pero deben ser concebidas por el Derecho de Familia de forma diversa, pues la patria potestad surge del parentesco, que nace de la consanguinidad o de una institución legal que lo iguala en el caso de la adopción, basada en los naturales sentimientos de afecto que unen al padre y al hijo a diferencia de la tutela que emana de normas jurídicas establecidas en congruencia con las necesidades estatales.

Señálese que la patria potestad la conforman derechos y deberes que osten-

22. PERAL (1980) p. 146.

tan los padres, con carácter personal que les son propios, en cambio la tutela es una función que viene impuesta por mandato legal. Los padres son únicos por su condición, y de otra manera pueden ser tutores varias personas que son llamadas en orden de prelación, bajo el cumplimiento de determinados requisitos.

Alega en congruencia con lo expuesto el autor Peral Collado que aunque la patria potestad y la tutela sean afines, en tanto son instituciones de defensa y amparo con puntos de contacto, difieren principalmente en el fondo, pues en la primera existe una relación entre padre e hijos, mientras que en la tutela la relación no es parental, sino meramente jurídica entre tutor y tutelado,²³ notándose que a pesar de que pueden existir vínculos consanguíneos entre tutelado y el pupilo no se supeditan a la existencia de una relación filial.

4. Valoraciones de la institución de la patria potestad en el escenario cubano

Analizar el instituto de la patria potestad con una mirada de actualidad incita a hacer un recuento de sus antecedentes en suelo patrio a los fines de apreciar su evolución e indagar en sus más profundas raíces.

La legislación en materia familiar que imperó en Cuba durante la época colonial fue heredada del Derecho Feudal español. Un estudio de sus postulados pone al descubierto como características incuestionables la existencia de un régimen de discriminación a la mujer y desigualdad en el tratamiento a los hijos, de lo que puede entenderse que existía una autoridad de la figura paterna que se hace latente en el instituto de la patria potestad, pues era el progenitor quien la ejercitaba desvinculando a la madre de cualquier intervención en su ejercicio.

El Código Civil español de 1888 era fiel reflejo de las condiciones sociales que tenían lugar en aquella época, caracterizado por su armonía al dejar sentado las instituciones, conceptos y principios básicos del Derecho Civil y de Familia.

El precitado cuerpo legal incluyó la posibilidad del ejercicio de la patria potestad materna, pero no de manera total, al consagrar la primacía del padre y solo en su defecto se deferiría a la madre sobre sus hijos legítimos no

23. PERAL (1980) p. 147.

emancipados.²⁴ Puede decirse que este reconocimiento de una patria potestad subsidiaria a la madre, significó un mínimo progreso, teniendo en cuenta que los postulados sociales que se propugnaban en la sociedad de aquella época se basaban en la desigualdad de género.

También quedaba estipulado en la propia normativa que el hecho de contraer la madre nuevas nupcias implicaba para ella la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, salvo que el marido difunto, padre de éstos, hubiera dispuesto de manera expresa, en su testamento la aprobación de que su viuda contrajera matrimonio y ordenado que en tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos²⁵.

Un análisis elemental del precepto permite apreciar la total dependencia de la mujer al hombre aun después de la muerte, pues aunque ella ya ostentara la patria potestad, esta se comprometía ante el supuesto de volver a contraer matrimonio, dejando al arbitrio de la voluntad del difunto la perdurabilidad del ejercicio de la patria potestad.

De esta forma, el Código Civil español a pesar de tener matices de avanzada, evidencia el papel subordinado y secundario de la mujer con respecto al hombre, realzando la realidad social que imperaba en aquellos años.

Las desigualdades persistentes en el Código Civil español fueron estremecidas por la Constitución del 11 de julio de 1940, caracterizada por ser la más avanzada de América Latina en aquel momento, por su visión revolucionaria en el orden de familia, pues sólo distinguía entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y consagraba, al menos formalmente, la protección a la familia y la maternidad, la plena capacidad civil de la mujer casada y el principio de igualdad de los cónyuges a todos los efectos civiles, de modo que no existía razón legal para dar preferencia al padre por encima de la madre en el ejercicio de la patria potestad.

En correspondencia con tales postulados, el artículo 154 del Código Civil fue modificado por la Ley Fundamental, en el sentido de que la patria potestad sobre los hijos menores no emancipados correspondería a ambos padres conjuntamente.

El precepto constitucional fue ulteriormente desarrollado, por la Ley No. 9 de 1950, cuyo objetivo era hacer ejercer los postulados que la misma se proponía; reconociendo expresamente que el padre conjuntamente con la madre,

24. Artículo 154 del Código Civil español, extensivo a Cuba en 1889.

25. Artículo 168 del Código Civil español, extensivo a Cuba en 1889.

y en su caso el que sobreviviera, tenía potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tenían la obligación de obedecerlos mientras permanecieran en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.

En virtud de esta ley de 1950, la esposa tendría conjuntamente con el marido todos los derechos y obligaciones de la patria potestad, desbastando, al menos en principio, cualquier tipo de menosprecio con respecto a la actuación materna. Sin embargo, el acierto de la citada ley, fue opacado al disponer que en caso de divorcio, se resolvería en la sentencia a cuál de los cónyuges correspondería la patria potestad.²⁶

Por tanto es dable concluir que la vigencia del matrimonio de los progenitores era condición necesaria para el ejercicio conjunto de la institución. Tal postura se tornó desacertada, porque el divorcio de los padres, no extingue el vínculo filiatorio y por ende tampoco el ejercicio de las potestades y el cumplimiento de los deberes que de ello emanan, por lo que no es fundamento sólido para que solo un padre ejerza la patria potestad.

Los cuerpos legales sometidos a análisis son parte importante de la historia jurídica y familiar cubana a lo largo de las etapas colonial y neocolonial. Aunque en su momento significaron pasos de avance, el carácter de las relaciones socioeconómicas, los prejuicios y desigualdades imperantes los convirtieron en logros formales, al subsistir la discriminación de la mujer, las desigualdades entre los hijos y el concepto tradicional de patria potestad, matrimonio y familia nuclear.

Sin dudas la Constitución de 1940 constituyó la legislación más avanzada que en materia de familia imperó en Cuba antes del triunfo revolucionario pese a que, alguno de sus preceptos fueron inoperantes debido a la necesidad de normas complementarias que implementaran su aplicación, lo que hizo de ella una Constitución frustrada con expectativas que no llegaron a materializarse.

A partir del año 1959, en la realidad social cubana operaron notables transformaciones. La plena igualdad de la mujer y la erradicación de las diferencias entre los hijos, fueron algunas de las conquistas alcanzadas a favor de las personas más vulnerables en el seno familiar hasta ese momento.

26. En tal sentido, preceptuó que, en las sentencias dictadas con anterioridad a la vigencia de la ley que no contuvieran declaración expresa de a quién correspondía la patria potestad, le quedaría atribuida al que, el juez concedió la custodia del hijo; y en las que se hubiere determinado a quién correspondía, quedaba en plena vigencia y eficacia.

Se inició de esta forma un proceso político, institucional y cultural tendente a alcanzar la verdadera igualdad jurídica y fáctica de todos los miembros de la sociedad, a partir de lo cual las relaciones familiares estuvieron dentro de las más favorecidas. Todo ello desembocó en la promulgación, en el año 1975, de la Ley No. 1289 o Código de Familia, con la que quedaba delineado un modelo de familia de nuevo tipo.

4.1. El tratamiento de la patria potestad en el Código de Familia cubano vigente

El Código de Familia vigente en Cuba, promulgado el 14 de Febrero de 1975, fue uno de los primeros en América Latina. Constituyó un cuerpo normativo de avanzada que se erigió en aquel entonces modelo en nuestra región. «Constituyó un hito en el desarrollo de los valores éticos y morales de la familia cubana y ha servido durante años para elevar el papel de esta como célula fundamental de la sociedad y para apoyar la lucha por la igualdad de derechos entre la mujer y el hombre, entre los hijos y otros integrantes de la familia.»²⁷

Ya lejana la época de su promulgación, se ha constatado que resulta necesario introducirle reformas, dirigidas a incorporar y atemperar las instituciones jurídicas a las nacientes necesidades sociales, ávidas de respaldo legal.

La normativa sustantiva familiar vigente en Cuba dedica los artículos del 82 al 87 a regular el contenido de la patria potestad. Expresa el primer precepto la temporalidad que la identifica, al consagrar que es una institución a la que están sujetos solo los hijos menores de edad, excluyendo toda posibilidad de que los mayores de edad se hallen amparados bajo su protección, puesto que la mayoría de edad es una causal de extinción de la patria potestad en Cuba.

El artículo ofrece protección a través de la patria potestad a los menores de edad que no hayan contraído matrimonio, debido a que es posible en Cuba obtener la plena capacidad durante la minoría de edad al contraer nupcias previa autorización de las personas instituidas por la ley, conforme establecen los artículos 3 y 92 inciso 3) del propio cuerpo legal, relacionados con el 29.1 inciso b) del Código Civil Cubano.

Otro aspecto de obligada referencia es la atribución conjunta que la ley reserva a ambos progenitores²⁸, como expresión de la plena igualdad que al

27. ALCÁNTARA (2010) p. 459.

28. Artículos 82 y 83 del Código de familia cubano de 1975.

hombre y a la mujer se les reconoce en el Código de Familia, extremo que no sufre detrimento si existe separación de hecho o divorcio entre los padres, dado que la patria potestad surge a partir de la existencia de un vínculo filiatorio, y no pende de la institución matrimonial. De manera que solo corresponderá a uno de ellos, en caso de fallecimiento o pérdida de la patria potestad de uno de los padres²⁹.

La doctrina patria en relación a la patria potestad se inclina a entenderla como el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres con respecto a sus hijos, sin llegar a delimitarla conceptualmente. En ese sentido se consagran acertadamente un cúmulo de derechos y deberes concedidos a los padres, desarrollados amplia y armónicamente.

Ellos están dirigidos a que los hijos se encuentren en compañía de sus padres para que estos les dispensen los cuidados y la protección que de la filiación dimanen, en el ámbito personal, en pos de la adecuada formación educacional y social, y en la esfera patrimonial, para el amparo de sus bienes, así como el deber de representarlos legalmente en los actos jurídicos en los que los hijos sean parte³⁰. Además, a tales fines, los padres están facultados para reprender y corregir adecuada y moderadamente a sus hijos.

Por ello puede afirmarse que integran el contenido personal de la patria potestad los deberes y derechos relacionados con la guarda, dirección y corrección de los hijos³¹, enfocados hacia el cumplimiento de las obligaciones parentales respecto a la protección, formación moral y educación de la descendencia. Con ello el Código obliga a los padres a proteger y formar adecuadamente a los hijos, de manera que estos se incorporen a la sociedad con una personalidad desarrollada integralmente, cual ciudadanos dignos, honrados y solidarios.»³²

Igualmente quedan consignados artículos que responden al contenido patrimonial, pues incluyen la administración y cuidado de los bienes propiedad de los hijos y la disposición de los mismos, atendiendo a las normas trazadas en el propio cuerpo legal³³.

29. La pérdida de la patria potestad está regulada en causales puntuales de la ley y no se menciona la suspensión puesto que como restricción temporal restituye los atributos una vez restablecida.

30. Art. 85 del Código de Familia cubano de 1975.

31. Artículos 85.I.2.3 y 86 del Código de Familia cubano de 1975.

32. RAMIS (2011) p. 5.

33. Artículo 85 apartados 4 y 5 del Código de Familia cubano de 1975.

La ley sustantiva familiar cubana faculta a los padres para representar a los hijos en los actos jurídicos que impliquen la disposición de sus bienes, función que, aunque integra la patria potestad, no pueden desempeñar sin autorización del tribunal previo proceso y siendo escuchado el criterio del fiscal como medio de protección a arbitrariedades de los progenitores³⁴.

A pesar de que la guarda y cuidado y el régimen de comunicación se incluyen en el contenido de la patria potestad, el Código de Familia ofrece una atención diferenciada ante la posibilidad de que los padres no convivieran juntos. En este caso el código establece reglas de orientación al tribunal para decidir sobre ello en el marco de lo que consideren más beneficioso para el menor.³⁵

Un análisis de la regulación de la institución en la norma sustantiva familiar cubana permite concluir que la misma expone una adecuada articulación y en ese sentido se considera que contribuye a la correcta formación de los menores.

Sin embargo las oportunidades que ofrece el instituto se constriñen a la minoría de edad sin posibilidades de extender su ámbito de protección a los hijos que, una vez alcanzada la mayoría de edad no pueden obtener su plena capacidad por padecer una enfermedad con carácter permanente o indeterminado en el tiempo por su envergadura, que los imposibilita de dirigir su conducta y comprender el alcance de sus actos, sujetos para los cuales únicamente queda reservada la institución de la tutela, previo proceso de incapacitación; sin que sea la institución que debe prevalecer entre padre e hijo ante estos supuestos.

4.2. La tutela en el ordenamiento familiar cubano. Valoraciones de su pertinencia frente a la patria potestad prorrogada

El Código de Familia de la nación ofrece una regulación expresa de la institución de la tutela, no obstante no hallarse una conceptualización ni calificación de la misma, expresando el Dr. Peral Collado, que se implanta una tutela de autoridad, pues es el Tribunal el encargado de designar tutor.³⁶

34. Artículo 87 del Código de Familia cubano de 1975.

35. Artículos 88, 89 y 90 del Código cubano de 1975. Estos particulares también se establecen por los padres frente a notario en el supuesto en que exista acuerdo en todos los extremos y solo en el marco del divorcio notarial. El tribunal lo determina en divorcios judiciales o en procesos sumarios si su promoción no surge con motivo de la disolución de un matrimonio.

36. PERAL (1980) p. 147.

La institución tutelar consta de un conjunto de preceptos generales, particularizando luego su regulación según la condición del sujeto con lo cual se distingue su ejercicio para los menores de edad que no estén sujetos a patria potestad y para los mayores de edad declarados incapacitados judicialmente.

Los apartados desarrollados para los menores de edad consagran de manera clara y precisa, que su finalidad es proteger, cuidar y representar a aquellas personas que no poseen plena capacidad jurídica de obrar cuando no están sujetas a la patria potestad. Se incluye al tiempo la responsabilidad que al tutor se le atribuye de salvaguardar los bienes del pupilo, como expresión de la armonía entre los intereses personales y patrimoniales.

Queda entonces expresada la similitud que existe entre estas las instituciones del Derecho en confronta, pues es coincidente en ambas la protección de las personas carentes de capacidad, abarcando la esfera personal y patrimonial; distinguiéndose esencialmente en el extremo de que la patria potestad surge de una relación paterno filial, mientras que la tutela se fundamenta en un mandato legal.

Se impone precisar en el ámbito de las divergencias que la aceptación de la tutela es voluntaria, según establece el artículo 139 del Código de Familia, cuestión inadmisibles en la patria potestad dado su carácter irrenunciable. Su pérdida solo acontece ante los extremos que taxativamente establece la ley, cuestión que en materia de tutela transcurre por la disposición judicial de remoción del tutor cuando no reúna los requisitos exigidos para desempeñar el ejercicio de la tutela o por el incumplimiento de los deberes que de ella se derivan³⁷.

La variante prevista para los menores requiere la extinción de la patria potestad, tanto por fallecimiento de los padres o por privación, apreciándose el carácter supletorio o alternativo que distingue la figura.

En el supuesto de la tutela de los mayores de edad, es imprescindible que estos hayan sido declarados incapacitados judicialmente para regir sus bienes o su persona por razón de enajenación mental, sordomudez u otras causas.³⁸

Se denota que las enfermedades previstas para la incapacitación pueden aparecer desde la etapa de la minoría de edad del sujeto, y sin embargo solo es posible declarar tal estado después de la mayoría de edad, lo que se considera desprotege al sujeto hasta que se le provea de tutela.

37. Artículo 159 del Código de Familia cubano de 1975.

38. Artículo 138 del Código de Familia cubano de 1975.

Al decir de Peral Collado «de la declaración judicial se derivan pues dos clases de efectos: uno inmediato que es el reconocimiento de la incapacidad; y otro posterior y definitivo, que es la constitución de la tutela.»³⁹ Luego de que el Tribunal declare la incapacidad mediante el debido proceso de jurisdicción voluntaria, se proveerá de la tutela al incapacitado. Al respecto el Código de Familia cubano establece en las disposiciones generales dedicadas a la tutela que se constituirá judicialmente y enuncia su objeto⁴⁰.

También dispone que el tribunal competente para este proceso sea el del municipio donde reside la persona que debe estar sujeta a tutela siendo el facultado para proveer el cuidado de la misma y de sus bienes hasta que se constituya tal institución⁴¹.

Lo que significa que el estado civil del sujeto, hasta ese momento invariable, es modificado por el Tribunal, en virtud de una resolución judicial a partir de cuya firmeza es incapacitado.

La pertinencia de este tipo de declaración se aprecia en el criterio de Albaladejo cuando expone: «Mas, cuando se trata de enfermedades o deficiencias, sean de carácter físico o psíquico, persistentes que impidan a la persona gobernarse por sí misma, en la práctica, sería un sistema sumamente inconveniente el de dejar la validez de los actos sometidos a la necesidad de una controversia para cada caso y, por otro lado, no se puede tampoco desatender ni a la persona ni a los intereses del sujeto que padece el mal, y que debido a él, no puede valerse por sí.»⁴²

La Ley de Procedimiento, Civil Administrativo, Laboral y Económico vigente en Cuba regula la declaración judicial de incapacidad en los artículos dedicados a los procedimientos especiales. Su tramitación se lleva a cabo mediante un expediente de incapacidad que «es el procedimiento a través del cual se declara que una persona, por ciertas causas está incapacitada para ejercitar por sí misma los derechos de que es titular.»⁴³

Quedan determinadas taxativamente en la ley las personas que podrán promover el escrito solicitando la declaración de incapacidad⁴⁴, a saber: el cóny-

39. PERAL (1980) p. 159.

40. Artículo 137 del Código de Familia cubano de 1975.

41. Artículo 142 del Código de Familia cubano de 1975.

42. ALBALADEJO (2002) p. 268.

43. GRILLO (2004) p. 20.

44. Artículo 587 de la Ley No. 7. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Labo-

ge; cualquiera de los parientes que pudieran heredarlo *abintestato*; o al Fiscal, si no lo hiciere alguno de los anteriormente mencionados.

Al Tribunal se le impone la obligación de escuchar a los más próximos parientes del presunto incapaz, examinar a éste por sí mismo, tanto como asesorarse en el plano técnico de la enfermedad con el dictamen de un facultativo y; sin perjuicio de las pruebas practicadas a la instancia de parte, pudiendo decretar de oficio las que estime pertinentes. También se les faculta para que de oficio o a instancia de parte adopte las medidas necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio durante el curso del proceso.

Con relación al dictamen del facultativo o examen del presunto incapaz, resulta importante señalar que el artículo 588 de la LPCALE prevé que dicha diligencia ha de efectuarse por dos médicos distintos al de asistencia, los que serán profesionales con preparación especializada en la enfermedad que se dictamina⁴⁵, con el fin de que informen acerca de la realidad y grado de la incapacidad.

Ello se debe a que es necesario aportar al órgano juzgador elementos de certeza, necesarios para sostener un pronunciamiento de relevante envergadura como es, proclamar pese a la mayoría de edad la carencia de capacidad plena para la realización de actos jurídicos.

En cuanto al proceso judicial para la constitución de la tutela de los incapacitados es dable destacar que se sustancia conforme al correspondiente procedimiento de jurisdicción voluntaria mientras no exista oposición por quien pudiera perjudicarlo⁴⁶.

Esta sustanciación no contenciosa sólo está prevista para los casos de enajenación mental, sordomudez u otros casos.⁴⁷ En cuanto a los llamados por la norma como otros casos que también pudieran dar lugar a la incapacitación

ral y Económico (LPCALE) de 1977 actualizada por el Decreto Ley No. 241 del 2006.

45. Dictamen 418 del 6 de septiembre de 2002 del Consejo Gobierno del Tribunal Supremo Popular

46. Artículos 581 y 586 al 588 de la LPCALE, que les son también aplicables las normas de alcance general, dispuestas en los artículos 578 al 585 de la Ley No. 7. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de 1977 actualizada por el Decreto Ley No. 241 del 2006.

47. Artículo 586 de la Ley No. 7. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de 1977 actualizada por el Decreto Ley No. 241 del 2006.

judicial, pudieran consistir en cualquier invalidez física o psíquica que hagan a quien lo sufre incapaz de comprender el alcance de sus acciones y dirigir su voluntad, como pudiera ser la arterioesclerosis, el alcoholismo habitual o el retraso mental.

En tanto la tramitación del proceso luego de la mayoría de edad ante la existencia de enfermedades que enervan la capacidad del sujeto y que son palpables desde la minoría de edad, genera que durante el tiempo destinado al procedimiento de incapacitación, la persona no está sujeta a ninguna institución tuitiva, y solo al cuidado que determine el tribunal. Ello propicia una brecha en su protección que podría ser resuelta por conducto de la patria potestad prorrogada, una vez declarada ininterrumpida mediante un proceso de incapacitación próximo a la mayoría de edad ante los requisitos analizados.

Otro aspecto que merece ser debatido en tono a la institución en Cuba es la imposibilidad de designar más de un tutor, lo que ha sido fundamentado en que, habiendo varias personas encargadas del mismo oficio, una de ellas se desatiende a lo que la otra haga y ninguna hace lo que debería hacer.

Sin embargo no sería congruente deferir la tutela a uno de los padres, cuando en nuestro país el ejercicio de la patria potestad es conjunto, pues propiciaría la interrogante de por qué solo uno de los progenitores podrá ser tutor del hijo incapacitado mayor de edad, cuando durante la minoridad ejercían de manera conjunta los deberes y derechos comprendidos en la patria potestad.

Con trascendencia al tema y a los efectos de proponer fundamentos que demuestren la viabilidad de la patria potestad, se impone analizar en el ámbito procesal las ventajas que esta suscita partiendo del principio de economía procesal, el que emerge con la figura, dado que «propugna la brevedad del proceso en el tiempo, pero además, el menor gasto en el mismo»⁴⁸.

Afirma Grillo que «este principio puede entenderse referido a la gratuidad del proceso o a la brevedad de las actuaciones».⁴⁹ En cuanto a la gratuidad del proceso, se refiere a que este no provoque gravosas imposiciones fiscales u otros gastos excesivos. La brevedad de las actuaciones, se entiende como el mayor resultado en la actuación de la ley con el menor empleo posible de actividad procesal, consiste en la brevedad de los términos pero siempre en función de la justicia verdadera⁵⁰.

48. GUTIÉRREZ (2006).

49. GRILLO (2004) p. 85.

50. GRILLO (2004) p. 85.

Este principio se manifiesta en: simplificación en las formas del debate; limitación de las pruebas a proponer; reducción de los recursos y economía pecuniaria, porque la justicia se dispensa gratuitamente⁵¹.

Con vistas a evitar estos engorrosos procesos judiciales, *máxime* cuando pueda detenerse el debate en definir que progenitor asumirá la tutoría el que, la posibilidad de prorrogar la patria potestad en lugar de constituir un nuevo régimen, supone una ventaja a otorgarles.

Si se lograra preceptuar esta novedosa institución, se alcanzaría una mayor celeridad procesal, consiguiendo regular en el mismo proceso en que se declare judicialmente la incapacidad legal del hijo en una edad próxima a la mayoría, como pudiera ser luego de cumplidos los diecisiete años, pronunciamiento sobre el establecimiento de la patria potestad prorrogada a ambos padres conjuntamente sobre el hijo incapacitado.

En tal sentido, con la incorporación de la patria potestad prorrogada se perfecciona la norma vigente, lo cual sin lugar a dudas conllevaría a que pudiera distinguirse la ley sustantiva familiar patria como un cuerpo normativo de avanzada con un espectro de protección más eficaz.

4.3. La patria potestad prorrogada en el Anteproyecto del Código de Familia. Bases para una futura regulación

El Código de Familia cubano, promulgado en 1975, marcó pautas en el desarrollo de los valores éticos y morales de la familia cubana, pero las experiencias acumuladas en el transcurso de los años de su vigencia aconsejan el perfeccionamiento de algunas instituciones que en él se regulan.

Tras ese imperativo se han elaborado en nuestro país varios anteproyectos de reforma del Código de Familia, por la necesidad de perfección, encontrándose la patria potestad como una de las instituciones a replantearse.

Tomando como ejemplo de esta iniciativa legislativa el Anteproyecto del Código de Familia del 19 de marzo de 2008 puede precisarse destacar que en el mismo se incorpora la conceptualización de la institución. Queda incólume el principio de que la patria potestad se ejerce sobre los hijos e hijas no emancipados, que no hayan arribado a los 18 años de edad, ni hayan formalizado matrimonio.

La institución que motivó el desarrollo de la presente investigación, tam-

51. GRILLO (2004) p. 85.

bién encuentra abrigo en la regulación del proyecto, en tanto prevé que «la patria potestad con relación a los hijos e hijas menores de edad incapaces, cuya incapacidad haya sido diagnosticada oficialmente por el Sistema Nacional de Salud, queda prorrogada judicialmente al llegar aquellos a la mayoría de edad».

Ante tal regulación pende la interrogante procesal de si se declara primeiramente la incapacidad procediendo luego en la misma resolución judicial a prorrogar la patria potestad. Igualmente y siguiendo los principios de la lógica y del Derecho, se debería esclarecer que la declaración de incapacidad y la prórroga judicial de la patria potestad se produzcan antes de que el hijo arribe a la mayoría de edad, para evitar su desprotección, determinando una edad próxima los 18 años de edad.

Con independencia de que se regulen las cuestiones particulares de la patria potestad prorrogada sería técnicamente adecuado aclarar que en lo que sea pertinente se regulara la institución supletoriamente por las normas generales de la patria potestad.

Lo anterior motiva expresar que resulta relevante que se haya tomado en cuenta la figura objeto de análisis en el anteproyecto del Código de Familia, considerando que aún no cuenta con una adecuada sistematización normativa. Es necesario continuar trabajando hacia el logro de un cuerpo jurídico armónico que tome como referencia las legislaciones internacionales que acogen la institución y los aportes teóricos realizados en el orden académico, para la efectiva implementación de la misma en suelo nacional.

El Código de Familia cubano para hacer efectiva la protección a los menores de edad y los mayores de edad incapacitados, contiene las figuras de la patria potestad y la tutela respectivamente sin dar cabida a la patria potestad prorrogada como variante más compatible con la protección jurídica de los hijos que al arribar a la mayoría de edad no pueden alcanzar su plena capacidad de obrar.

Con respecto a la idea anterior es válido esclarecer que no se trata de que la tutela carezca de utilidad en el ordenamiento jurídico cubano, al contrario, es una institución efectiva cuando la causa de la incapacidad surge después de la mayoría de edad.

A los preliminares razonamientos debe añadirse la necesaria reforma en el orden procesal al momento del establecimiento de la figura al constituir el instrumento a través del cual se realizan los derechos consagrados en las normas sustantivas. En ese sentido se considera que la patria potestad prorrogada debe

llevarse por los trámites de la jurisdicción voluntaria declarando la incapacidad y prorrogando la patria potestad.

Por todo el análisis expuesto, sería atinado reconsiderar el artículo 82 del Código de Familia vigente en Cuba, bajo el razonamiento de que no solo se prevea la patria potestad para los hijos menores de edad no emancipados, sino a los hijos que al arribar a la mayoría de edad carecen de capacidad de obrar.

Una sistematización de la figura conlleva postulados que operen como presupuestos para su existencia, así como desarrollo en la ley procesal dejando claro a qué edad se podría comenzar a promover el procedimiento que la constituirá y quienes estarían legitimados.

Todas estas iniciativas teóricas no han sido acogidas de modo trascendental en el Proyecto que realiza el país hacia un nuevo Código de Familia debiendo repensarse las bases teóricas para su inclusión a los fines de ofrecer variantes más efectivas a los sujetos susceptibles de necesitarlas.

5. Conclusiones

La patria potestad constituye una institución jurídica, constituida por el conjunto de derechos-deberes que ostentan los padres para la protección de la persona y los bienes de sus hijos, de acuerdo a la personalidad de estos últimos, cuando aún son menores de edad.

La patria potestad prorrogada permite extender el ejercicio de la patria potestad, partiendo del supuesto de la declaración judicial de incapacidad del menor, cuando este padece de una enfermedad o deficiencia psíquica o física persistente que se prevea se prolongará después de la mayoría de edad y le impida autogobernarse.

La regulación de la tutela como única institución de guarda para los mayores de edad incapacitados, deja brechas que inciden en la protección de los menores que al llegar a la mayoría de edad no pueden alcanzar su plena capacidad, obviando los beneficios propios de una institución más apegada al vínculo establecido entre los sujetos involucrados.

A pesar de la inclusión de la patria potestad prorrogada en los proyectos de reforma del Código de Familia en Cuba se requiere una revisión de los mecanismos sustantivos y procedimentales a implementar a los fines de que se implemente la figura de modo coherente y se alcance la protección efectiva de ese sensible sector de la población cubana.

Referencias

- ALBALADEJO, Manuel (2002): *Derecho Civil I. Introducción y Parte General* (15^{ta} edición) (Barcelona, Librería Boch Editor), 474 p.
- ALCÁNTARA, Yamilé (2010): «*Tratamiento normativo vigente en Cuba respecto a la titularidad y ejercicio de la patria potestad de los menores no emancipados*». En *Los nuevos retos del Derecho de Familia en el espacio común español-iberoamericano. (Un estudio comparado: Cuba España y aportaciones de interés notable. Méjico, Colombia, República Dominicana)*, (Madrid), 461 p.
- BELLUSCIO, Augusto (2004): *Manual de Derecho de Familia* (Tomo II, Séptima Edición actualizada y ampliada, Primera reimpresión) (Buenos Aires, Editorial Astrea), 272 p.
- CLEMENTE, Tirso (1894): *Derecho Civil. Parte General* (Tomo I) (La Habana, Editorial Pueblo y Educación), 225 p.
- DE COUDER, M. Rubén (1894): *Compendio de Lecciones Escritas de Derecho Romano* (Segunda edición) (Madrid), 237 p.
- ESPÍN, Diego (1984): *Manual de Derecho Civil Español* (Volumen IV, Familia, Octava Edición) (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), 381 p.
- GRILLO, Rafael (2004): *Derecho Procesal Civil I. Teoría General del Proceso Civil* (La Habana, Editorial Félix Varela), 132 p.
- GUTIÉRREZ, Benjamín (2006): *Derecho Procesal Civil I, Principios y Teoría General del Proceso* (Huancayo, Universidad Peruana de los Andes), 462 p.
- KEMELMAJER, Aída y PÉREZ, Leonardo (Coord.) (2006): *Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Libro homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo* (Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni) 425 p.
- MESA, Olga (2007): *Derecho de Familia* (La Habana, Editorial Félix Varela), 68 p.
- PERAL, Daniel (1980): *Derecho de Familia* (La Habana, Editorial Pueblo y Educación), 222 p.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Gorges (1946): *Tratado elemental de Derecho civil. Divorcio, filiación, incapacidades* (Puebla, Editorial José M. Cajica, Jr.), 275 p.
- PUIG, Federico (1971): *Tratado de Derecho Civil Español* (Tomo II, Volumen II) (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), 462 p.
- RAMIS, Daniel (2011): *Código de Familia* (La Habana, Ediciones ONBC), 136 p.

RIVERO, Danilo (2002): *La capacidad de la culpabilidad o imputabilidad. Su ausencia en el momento de la comisión del hecho delictivo* (La Habana, Boletín de la ONBC) 64 p.

VALDÉS, Caridad del Carmen (Coord.) (2000): *Derecho Civil. Parte General* (La Habana, Editorial Félix Varela), 226 p.

VELAZCO, Miriam (2008): *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad* (La Habana, Editorial de la ONBC), 412 p.

Fuentes legales

Constitución de la República de Cuba, de julio de 2002.

Código Civil español, extensivo a Cuba en noviembre de 1889.

Ley 59 «Código Civil», de julio de 1987.

Ley 1289, de febrero de 1975.

Ley 7, de 1977, modificada por el Decreto Ley 241, de septiembre de 2006.

Dictamen 418 de septiembre de 2002, del Consejo Gobierno del Tribunal Supremo Popular.