

## ESTUDIOS

**La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada:  
¿Luz verde en el Derecho cubano?  
(A propósito de la Sentencia número 120 de 30 de septiembre  
del 2008 de la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo  
del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana)**

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

*Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Habana*

«... los aspectos de la fragilidad humana,  
relacionados de un modo más visible con la ancianidad,  
son una llamada a la mutua dependencia  
y a la necesaria solidaridad que une a las generaciones entre sí,  
porque toda persona está necesitada de la otra  
y se enriquece con los dones y carismas de todos.»

JUAN PABLO II

*SUMARIO: 1. Una tutela contenciosa... Crónica de una litis anunciada.–2. Honra a tu padre y a tu madre: El orden prelatorio en la vocación legal de la tutela.–3. El punto de atención de este proceso: La existencia de escritura pública de estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad. 3.1 La voz de la incapacitada.–4. ¿Es dable la designación voluntaria de la tutora por la propia persona incapacitada en un sistema de autoridad judicial en que no se admite expresamente? 4.1 Conceptos previos a deslindar: Vocación de la tutela, delación de la tutela, designación de tutor, constitución de la tutela. 4.2 Designación voluntaria de tutora por la propia persona incapacitada. Acotaciones sobre la naturaleza del negocio jurídico en que se contiene la designación (¿Autotutela?). 4.3 Posibles efectos vinculantes para el tribunal que constituya la tutela. 4.4. No a la designación voluntaria de la tutela en el Derecho cubano: La posición sustentada por la Sentencia número 638 de 29 de julio del 2007 del Tribunal Municipal de Plaza de la Revolución. 4.4.1 El pretendido incumplimiento por el documento notarial de los «requisitos procedimentales» establecidos en el artículo 295 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. 4.5 La tesis sustentada en la sentencia de apelación, objeto de comentario: ¿Acaso luz verde a la*

*designación voluntaria de la tutela por la propia incapacitada? Luces, más que sombras de este fallo judicial.–5. A modo de epítome.*

---

## 1. UNA TUTELA CONTENCIOSA CRÓNICA DE UNA LITIS ANUNCIADA

### TEMA DEL COMENTARIO:

---

Eficacia que se le atribuye por el tribunal que conoce de un proceso contencioso de tutela a una escritura pública sobre estipulaciones previsorias de la propia incapacidad en la que la compareciente manifiesta la preferencia sobre su hija para que por el órgano judicial sea nombrada tutora, en caso de que le sobreviniera una situación de incapacitación. La autonomía de la voluntad y el derecho a la libertad individual como sustento de tal acto jurídico. La delación voluntaria de la tutela y su no regulación en el ordenamiento jurídico cubano.

---

### PONENTE:

---

Yanet Alfaro Guillén.

---

### EXTREMOS ENJUICIADOS:

---

Si ante la disputa por ambos hijos, con idéntica prelación en los órdenes de vocación legal de la tutela consagrados por el Código de Familia, trasciende al juzgador la instrumentación vía notarial de una escritura pública de estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad, en la que la incapacitada, en fecha en que disponía de sus plenas facultades mentales, manifestó su voluntad en el sentido de que su hija fuera nombrada tutora por el órgano judicial, en un ordenamiento jurídico que, en principio, no da posibilidad a la autonomía de la voluntad en sede tutelar.

---

### DOCTRINA SENTADA:

---

La escritura de estipulaciones previsorias de la propia incapacidad, configurativas de la voluntad relativa al modo en que se desea por la incapaz fuera proveída de asistencia en el momento de su vida en el que ya no pudiera decidirlo, de cuyo análisis se advierte la intención de la incapaz de permanecer bajo los cuidados de su hija, constituye prueba indubitada de su voluntad excluyente de la protección del recurrente.

El desconocimiento de tales estipulaciones equivaldría a olvidar los recios efectos de la declaración judicial de incapacidad, impeditiva, sin excepción alguna, de actuación jurídica directa en lo sucesivo del incapacitado, causante de la necesidad de designación tutelar en cuyo caso habrá de atender el juez a la presuntiva protección de los intereses de la persona a proteger sin que cuente para ello con el parecer del tutelado, deviniendo relevante, en consecuencia, la existencia de referencia directa al respecto como ocurre en el presente caso, en el que desvirtuar la trascendencia en la resolución del asunto de estas manifestaciones equivale a una violación del derecho inherente a la personalidad de la libertad individual, al no existir en nuestro ordenamiento jurídico, si bien omiso al respecto, prohibición normativa alguna, teniendo en cuenta, por último, que no se trata de supuesto de disposición de autotutela que en efecto vulneraría la esencia de la designación judicial de la tutela que implementa la legislación familiar cubana, por cuanto no se designa a nadie en el cargo por la incapacidad, sino que se pronunció exclusivamente por lo que consideró conveniente a su persona en momento en el que contaba con plenas facultades decisorias con efectos para cuando las careciere.

---

**FALLO:**

---

Declara SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de instancia.

---

**HECHOS:**

---

Declarada judicialmente la señora M.N.N.F. incapacitada para regir su persona y bienes, por sentencia número 566 de 30 de junio de 2006, dictada por el Tribunal Municipal de Plaza de la Revolución, haciéndose firme mediante la sentencia número 34 de 31 de enero del 2007, dictada por la Sala de Lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, la cual declaró SIN LUGAR el recurso de casación correspondiente<sup>1</sup>, su hija, la señora L.M.T.N, quien atiende y reside con ella desde siempre, pone en conocimiento a la Fiscalía Municipal a los fines de que, conforme con lo previsto en el artículo 141 del Código de Familia, inste la constitución judicial de la tutela a su favor. Realizadas por dicho ministerio público las investigaciones pertinentes, se promueve ante el Tribunal el expediente de jurisdicción voluntaria sobre constitución de tutela, interesando que le fuera deferida ésta a la promovente por cumplir con los requisitos establecidos en la Ley para ocupar tal cargo, por lo cual, siendo el familiar más cercano de la incapaz su hijo, y hermano de la promovente, señor H.I.T.N., este se opone a la constitución de la tutela a favor de su hermana, por considerar tener él idóneas condiciones para el cargo, motivo por el cual se sobresee la continuación del expediente

---

<sup>1</sup> Al respecto, y como antecedente inmediato del asunto resuelto en esta ocasión por el foro, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Intereses espurios y declaración judicial de incapacidad. A propósito de la sentencia número 34 de 31 de enero del 2007 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (España), año LXI, número 2042, de 1 de agosto del 2007, pp. 3093-3108 y en *Revista de Derecho de Familia*, septiembre-octubre 2007-III, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, pp. 237-255.

de jurisdicción voluntaria, quedando expedito el derecho de los interesados en promover la cuestión por la vía contenciosa.

Así los acontecimientos, se interpone demanda en proceso ordinario sobre constitución de la tutela (devenida entonces en contenciosa) por la señora M.N.T.N. quien alegó lo que en Derecho convino, en esencia su sempiterna convivencia con la incapacitada y los estrechos lazos afectivos que entre ellas siempre han existido. Trasladado el escrito de demanda al demandado, el señor H.I.T.N. igualmente alegó lo que a su derecho era oportuno, oponiéndose, en esencia, a la existencia de intereses materiales contrapuestos a los de su madre –alegados éstos por la parte actora–, ya que había sido él quien primero interesó su declaración de incapacidad, no correspondiéndose su postura con prioridades de orden material, sino con la intención de ejercer sus derechos filiales, al no ser permitido por la contraparte, a pesar de lo que implicaba para la mejoría de la anciana, demostrando ello, que es la contraparte la que tiene verdaderos intereses contrarios a la incapacitada. Muestra su inconformidad en relación con que la promotora cuenta con los requisitos exigidos en Ley para desempeñar tal función, pues su comportamiento no ha sido el más transparente por no velar correctamente el patrimonio de la incapacitada, ni pronunciarse en relación con él, en el escrito de demanda, teniendo en cuenta además que ha actuado en detrimento de sus intereses por no dejarla ejercitar su derecho a relacionarse con el resto del núcleo familiar, no concordando tampoco con el extremo relacionado con la carencia por parte de él de las exigencias legales establecidas para asumir la tutela de su madre. Asimismo establece demanda reconvencional mediante la cual pretende ocupar el cargo de tutor de la incapacitada judicialmente, alegando que cuenta con los requerimientos exigidos para el desempeño de tal función. Las partes no hicieron uso de otros escritos polémicos del debate como la réplica y la réplica.

Entre los medios de prueba que aporta durante la sustanciación del proceso (en la fase probatoria) la parte actora se incluye copia de la escritura pública número 11 de 27 de febrero del 2002, otorgada por la ahora incapacitada ante notario, sobre estipulaciones previas de la propia incapacidad, la cual es valorada en un considerando *ad hoc* de la sentencia que en su día dictara el tribunal de instancia, prueba que no es apreciada por el citado tribunal para lo cual arguye que: «*su contenido no se atempera con lo regulado en el Ordenamiento Jurídico cubano pues, el Código de Familia, que contiene las normas especiales de la materia, no reconoce, y ni siquiera se puede inferir de su contenido, la institución doctrinal de la Autotutela, a pesar de tratarse de un documento público basado completamente en el principio de la autonomía de la voluntad*». No obstante, el fallo a que arriba el tribunal es favorable a la parte actora, declarando por sentencia número 638 de 29 de julio del 2007, CON LUGAR la demanda, y SIN LUGAR la demanda reconvencional interpuesta y, en consecuencia, se dispone la constitución de la tutela sobre la incapacitada, señora M.N.N.F. a favor de su hija L.M.T.N.

Contra dicha sentencia, en el plazo de ley, el señor H.I.T.N. interpone recurso de apelación, sustanciado y resuelto por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana en su sentencia número 120 de 30 de septiembre del 2008, el cual se sustenta esencialmente en la valoración de las pruebas aportadas y practicadas en la instancia, a su juicio, realizadas las de la parte contraria, en tanto, se deja de reconocer la eficacia y veracidad de otros medios de pruebas en el proceso, que no sólo revelan la inconsecuencia de su contraria en la representación de los intereses de la tutelada, sino además la actitud de defensa por

parte de él en beneficio de la persona y bienes de la incapacitada. En la instancia la parte no recurrente, en su escrito de oposición al recurso y en el acto de vista, a pesar de defender la sentencia que le favorece del tribunal *a quo*, sí que resalta el 4.º considerando de la sentencia interpelada, en tanto la sorprendente falta de apreciación de la eficacia de la voluntad exteriorizada por la incapacitada en la escritura pública de estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad, en la que manifestaba su preferencia por la promovente del proceso. En tal sentido, el tribunal de segunda instancia, que declara SIN LUGAR el recurso, lapidariamente en el 3º y último de los Considerandos, deja dicho que:

*«reluce el extremo consistente en que en fecha veintisiete de febrero de dos mil dos, manifestó ante notario público la incapacitada, estipulaciones previsorias de su propia incapacidad, configurativas de su voluntad relativa al modo en que deseaba fuera proveída de asistencia en el momento de su vida en el que ya no pudiera decirlo, de cuyo análisis se advierte la intención de la incapaz de permanecer bajo los cuidados de su hija, constituyendo ello prueba indubitada de su voluntad excluyente de la protección del recurrente y **la que con especial atención valora esta Sala, que a diferencia de lo considerado por los juzgadores de primera instancia, advertimos la relevancia de la existencia de estas estipulaciones**, cuyo desconocimiento equivaldría a desconocer los recios efectos de la declaración judicial de incapacidad impeditiva sin excepción alguna de actuación jurídica directa en lo sucesivo del incapacitado, causante de la necesidad de designación tutelar en cuyo caso habrá de atender el juez a la presuntiva protección de los intereses de la persona a proteger sin que cuente para ello con (...) el parecer del tutelado, **deviniendo relevante, en consecuencia, la existencia de referencia directa al respecto como ocurre en el presente caso**, en el que desvirtuar la trascendencia en la resolución del asunto de estas manifestaciones equivale a una violación del derecho inherente a la personalidad de la libertad individual, al no existir en nuestro ordenamiento jurídico, si bien omiso al respecto, prohibición normativa alguna, teniendo en cuenta, por último, que no se trata de supuesto de disposición de autotutela que en efecto vulneraría la esencia de la designación judicial de la tutela que implementa la legislación familiar cubana por cuanto no se designa a nadie en el cargo por la incapacitada, sino que se pronunció exclusivamente por lo que consideró conveniente a su persona en momento en el que contaba con plenas facultades decisorias con efectos para cuando las careciere».*

---

## 2. HONRA A TU PADRE Y A TU MADRE: EL ORDEN PRELATORIO EN LA VOCACIÓN LEGAL DE LA TUTELA

---

No hay dudas que el Código de Familia cubano establece un sistema tutelar de autoridad judicial, esto es, la tutela en Cuba, tanto de las personas mayores de edad, judicialmente incapacitadas, como la de los menores de edad se constituye por el tribunal competente, que lo es el municipal del lugar en que reside el tutelando (*vid.* art. 137 en relación con el 141, ambos del Código de Familia y artículo 5.4 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en lo adelante LPCALE). Y en el caso que nos ocupa, la tutela de los mayores de edad judicialmente incapacitados, es una tutela legítima, o sea, la vocación de la tutela viene establecida *ex lege*,

según los ordenes prelatorios regulados en el artículo 148 del Código de Familia, pero en todo caso alternada con una tutela dativa, que casi prevalece sobre la legítima.

El legislador del Código de Familia de Cuba ofrece indudables prerrogativas al tribunal, en tanto, la *vocación* legítima regulada en el mencionado precepto establece órdenes prelatorios, excluyentes entre sí, pero en todo caso, con poderes judiciales amplios. La *vocación y delación* dativa de la tutela viene establecida en el párrafo tercero del artículo 148, pero en el segundo se acude a una *vocación* mixta en la que confluyen en la *designación* del tutor no solo el legislador, sino también el juzgador. En efecto, la formulación contenida en los ordenes establecidos en los incisos del 2 al 5 de dicho precepto es individualizada, motivo por el cual es el tribunal el que determinará o individualizará el llamamiento (a él compete la *elección* para luego *designar* el tutor), formulado en ciernes por el legislador, la *vocación* es legítima en el sentido de convocar a las personas comprendidas en ese grado parental, para lo cual utiliza el número singular, a pesar de que pueden ser varias las personas que tengan el grado parental a que el legislador aduce, o sea, sean padres, hijos, abuelos, o hermanos (es decir, son varios los parientes con *vocación* tutelar). Por ello, advierte el legislador que en el supuesto de que sean varios los parientes del mismo grado, la tutela será *constituida* teniendo en cuenta el *favor tutelando*, o sea, lo que resulte más beneficioso para el incapacitado que se somete a tutela.

Es interesante, eso sí, la posición del legislador. Éste formula la *vocación* pensando en que solo uno podría ser tutor. Tómese en consideración la manera en que nuestro legislador se aferra a la tutela unipersonal, desechando, sin justificación alguna, la tutela plural en sus diversas manifestaciones<sup>2</sup>, pero de esa *vocación* son titulares varios parientes (todos con la misma *vocación* tutelar), luego entonces, las *vocaciones* contenidas en los incisos del 2 al 5 del artículo 148 del Código de Familia son enunciadas en número singular, pero solo uno será tutor, solo uno será *designado*, y luego *nombrado*, es decir en solo uno operará la *delación* tutelar, pues varios pueden ser los parientes con *vocación* a la tutela. Una cuestión es la *vocación*, otra el *llamamiento*, una distinta el *nombramiento*, y luego la *constitución* de la tutela. En razón de la *vocación*, todos los parientes del incapacitado según el grado parental concurrente, que se crean en el derecho de promover la tutela, o interesarla para sí, oponiéndose a la promoción fiscal, estarían legitimados para ello amparándose en la *vocación* legítima, empero, en todo caso, el juez no se limitará a *constituirla* por ser la persona que por ley tiene *vocación*, sino que tendrá que ir aún más lejos, antes del *nombramiento* de tutor, tendrá que *designarla* entre los varios candidatos<sup>3</sup>, esto es, parafraseando a GIL RODRÍGUEZ: «no se limita al nombramiento (...) sino que cubre el espacio previo de selección de la persona que haya de ser nombrada; y de ahí su carácter *precisamente*

---

<sup>2</sup> Vid. en el Derecho mexicano sobre este tema, RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, «Fundamentos teóricos de la tutela plural y voluntaria», en *Revista de Derecho Notarial*, Asociación Nacional del Notariado mexicano, número 117, tomo I, año XLIII, noviembre del 2002, pp. 275-309.

<sup>3</sup> No obstante, el legislador no emplea con propiedad el lenguaje técnico-jurídico. Obsérvese que en el segundo párrafo del artículo 148 del Código de Familia se utiliza el vocablo «constituirá», cuando realmente la labor del juez en este caso, no es igual que en el primer orden prelatorio, en que la *designación* viene establecida *ex lege*, en tanto el tribunal se limitará a *nombrar y constituir* la tutela si el cónyuge tiene los requisitos para ser tutor (*vid.* art. 149 del Código de Familia), por ser el único de los convocados, diría yo designado con exclusividad por el legislador, pero en modo alguno, sucede así con el resto de los órdenes prelatorios, en que no basta con tener el grado parental (como acontece en sede de sucesión *ab intestato* en que todos los convocados y llamados, pertenecientes al mismo orden sucesorio, tienen derecho a heredar, pues excluyen a los que concurren en órdenes posteriores, pero no a los coconcurrentes, tratándose de una *delación conjunta*), sino es necesario tener mejores condiciones que tributen a un resultado más beneficioso para el tutelando.

*dativo*»<sup>4</sup>. O sea, el tribunal se mueve en el proceso de *designación* del tutor, entre las personas ya previamente *designadas* por el legislador, entre varias vocaciones, a partir del grado parental que él atribuye. Al amparo de este párrafo segundo, el tribunal tiene posibilidad de determinar quién será el tutor, pero sólo entre aquellos aspirantes que demuestren tener, *prima facie*, el grado parental que la ley exige (se supone que deben cumplir los requisitos establecidos en el art. 149), por ello soy de la tesis que está presente un sistema mixto de *vocación* y *delación* de la tutela (en tanto el tribunal entre los varios candidatos con igual *vocación* tutelar, *designa* y *nombra* al que mejores condiciones tiene).

Por el contrario, en el párrafo tercero del artículo 148 estamos en presencia de una clásica *vocación* y *delación* dativa de la tutela. Aquí es el tribunal el que designa al tutor, pero sin límites legales, sin una previa *vocación* legal. El arbitrio del tribunal es mucho más amplio, eso sí, ha de estar claro que ello es excepción, no regla, para lo cual debe cumplirse la *conditio iuris* de la inexistencia de los parientes convocados *ex lege*, o aun cuando estos existan, lo más aconsejable fuera apartarse del orden prelatorio establecido. En tales circunstancias, el tribunal debe tener en consideración que el *designado* por él, ha de ser una persona con una relación estrecha con el incapacitado por ser precisamente quien le cuida, o en todo caso, que se trate de un tercero que cumpla cabalmente los requerimientos del artículo 149 del Código de Familia, quien muestra interés en asumir la tutela. El empleo de la conjunción disyuntiva «o en el párrafo tercero *in fine* del artículo 148, me permite colegir que la persona que muestra ese *animus* tuitivo respecto del tutelando, no tiene por qué haber convivido con éste. En todo caso, la racionalidad, la prudencia, la pericia y la intuición del tribunal deben ponerse a prueba para evitar una designación y consecuente constitución baldía de la tutela. Los errores en este orden pueden pagarse bien caros.

En el caso sometido al foro, en ausencia de cónyuge, dado que la incapacitada era viuda, y por regla de la vida, dada su avanzada edad, sus padres le habían premuerto, le correspondía lógicamente la *vocación* de la tutela a sus hijos, previsto ello en el tercero de los órdenes prelatorios, regulado en el inciso 3) del artículo 148 del Código de Familia. Tratándose de personas ancianas, de avanzada edad, es muy común que sean los hijos los que asuman el cargo de tutor. En Cuba, como ya he explicado, no se admite la posibilidad de una tutela personal y de una tutela patrimonial. El cargo de tutor no se comparte y tiene inspiración universal, es por ello un cargo unipersonal<sup>5</sup>, público, de confianza, removible<sup>6</sup>, voluntario<sup>7</sup>, en principio irrenunciable, salvo causa legítima que se alegue, debidamente justificada a juicio del tribunal<sup>8</sup>, con sentido de permanencia, no admite término, ni condición<sup>9</sup>, personalísimo<sup>10</sup>, intrasmisible<sup>11</sup>, de

---

<sup>4</sup> Vid. GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentarios al artículo 235 del Código Civil español», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Manuel Amorós Guardiola y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinadores), Tecnos, Madrid, 1986, p. 318.

<sup>5</sup> Se colige de las normas reguladoras de la tutela en el Código de Familia. El legislador emplea el número singular cuando hace referencia al tutor (*vid.* arts. 142.2, 143.1, 145.2 y 3, 148, 151, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 164.2 y 165).

<sup>6</sup> *Vid.* artículos 143, 159 y 161 del Código de Familia.

<sup>7</sup> *Vid.* artículo 139 del Código de Familia.

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> Se infiere de las causas de extinción de la tutela, reguladas en el artículo 160 del Código de Familia.

<sup>10</sup> Aunque el Código de Familia no lo establece expresamente, suficiente resulta el estudio de los artículos 151, 153, y 155.

<sup>11</sup> *Idem.*

representación legal<sup>12</sup>, gratuito<sup>13</sup> y sometido a control judicial<sup>14</sup>. Pocos ordenamientos jurídicos muestran un sistema tutelar tan férreo de autoridad judicial<sup>15</sup>. Por ello, el tribunal tiene un control cuasiabsoluto en la tutela, lo cual no dudo, si bien hay brechas por las que se extiende la autonomía de la voluntad, aunque muy limitadas. Ergo, de interesarse la tutela por más de uno de los hijos, lo cual conlleva que el proceso, inicialmente concebido de jurisdicción voluntaria, pueda devenir en un proceso contencioso, sustanciado por los trámites concebidos por la LPCALE para el proceso ordinario, en la que habrá que demostrar ante el tribunal, a través de los medios de prueba articulados en Derecho que se es la persona más idónea para desempeñar el cargo de tutor, cuando ambos cumplen con todos los requerimientos que a manera de filtro, establece el legislador en el artículo 149, si de mayores incapacitados judicialmente se trate. Por ello, el legislador toma en cuenta no solo las condiciones materiales o económicas del tutor, sino también el grado de vinculación afectiva y emocional que se tiene para con el tutelando. Una vez más hay que acudir a las herramientas hermenéuticas que franquea el legislador para inteligir la expresión «*lo que resulte más beneficioso para el incapaz*», pieza clave a los efectos del éxito de una demanda en proceso ordinario sobre constitución de la tutela. En todo caso, el interés superior que se atiende en procesos de esta naturaleza no puede ser la satisfacción personal del tutor, ni tampoco la pretendida rivalidad que se puede tener con los parientes más propinuos, igualmente convocados por la misma *vocación* legítima de la tutela. Los intereses personales, los rencores, las contiendas, las rencillas familiares han de ser abandonadas ante lo que supone la protección de las personas más desvalidas, judicialmente declaradas incapacitadas. No se olvide que el objeto de la tutela en el ordenamiento jurídico familiar lo es, ante todo, la protección de la persona, en este caso, de aquella judicialmente declarada incapacitada (*vid. art. 137.2 del Código de Familia*). Por ello uno de los deberes que el propio legislador le impone al tutor, es el de «*procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad*» (*vid. art. 153.2 del Código de Familia*)<sup>16</sup>, claro está en la medida en que ello sea posible, teniendo en

---

<sup>12</sup> *Vid.* artículo 151.

<sup>13</sup> *Vid.* artículo 157 del Código de Familia.

<sup>14</sup> *Vid.* artículos 137, 139, 142, 143, 145, 148, 153.5, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 164, 165, 166.

<sup>15</sup> Lo cual ya ha sido avizorado por quienes han incursionado por estos senderos en el terreno de las investigaciones jurídicas. En este orden *vid.* DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa, «La tutela: posibilidad de una mayor intervención notarial», *Tesis en opción al título de especialista en Derecho Notarial*, bajo la dirección del MsC. Lázaro J. Corzo González, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007 y MORENO NÁPOLES, Raúl Jesús, «Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela», *Tesis en opción al título de especialista en Derecho Notarial*, bajo la dirección de la Dra. Caridad del C. Valdés Díaz, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007.

<sup>16</sup> Un caso interesante en que la tutora se oponía a promover ante el tribunal el proceso dirigido al restablecimiento de la capacidad de su pupilo, fue conocido por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, en vía casacional y fallado por sentencia número 546 de 17 de mayo del 2001, único considerando (ponente Arredondo Suárez), ante lo cual, dispuso que frente a la negativa del tutor, con lo cual incumplía los deberes que el ejercicio de la tutela le impone, tal función le compete entonces al fiscal, en tanto «... es terminante el texto del artículo sesenta del Código Civil vigente al conferir al Fiscal la representación de aquella persona cuyo representante legal tenga un interés opuesto al suyo propio, como en el presente asunto acontece en que la recurrente se opone a que se declare la recuperación de la capacidad de su tutelada, y, si bien es cierto que el artículo ciento cincuenta y nueve del Código de Familia estipula la forma en que se ha de proceder en el caso de que el tutor designado incumpliese las obligaciones que le impone el artículo ciento cincuenta y tres del propio cuerpo legal, no lo es menos que ello no impide ni contradice el ejercicio de la antes expresada facultad de representación que legitima al Fiscal para instar le sea restituida la capacidad jurídica a la declarada incapacitada, máxime si se tiene en cuenta que es éste el objeto del proceso y no la remoción de la tutora que ha incumplido sus deberes (...)».



cuenta las circunstancias particulares de la persona sometida a tutela. Razón por la cual, el tutor ha de ser un celoso guardián de los intereses personales y patrimoniales del pupilo, a tal punto que pueda incluso sacrificar los suyos propios en defensa de los de aquel, pero ello no se logra si hay antagonismos entre los intereses de uno y otro, máxime cuando vienen dados por intereses hereditarios, marcadamente agudos, que llevan al hijo, a imputarle una figura delictiva a su madre. Por ello acierta el tribunal de segunda instancia cuando, en apoyo de la sentencia del tribunal *a quo*, en su primer considerando deja dicho que ha quedado «... acreditado a quienes juzgan que se trata de un conflicto familiar sostenido con trascendencia a un litigio judicial en el que se debaten dos descendientes de igual grado la designación del cargo tutelar, garante de la seguridad, protección de la continuidad del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de su incapacitada progenitora, cuya esencia estriba en la providencia de persona que garantice la actuación de quien está impedido de actuar directamente en el marco de relaciones jurídicas concretas a través de su representación legal, función que ha de ser desempeñada por quien mayor aptitud logre demostrar al juzgador, sin que haya logrado el infortunio desvirtuar la vigencia del supuesto de hecho que sirve de sustento al fallo». O sea, en esta vocación mixta de la tutela a que da lugar la redacción del inciso 3) del artículo 148 del Código de Familia, el tribunal toma en cuenta entre otros aspectos la mayor aptitud de los contendientes al cargo de tutor en función de los deberes que el ejercicio de la tutela impone, lo cual no logró demostrar la parte recurrente.

Por esa razón atina de nuevo el tribunal *ad quem*, cuando en el 2.º considerando, asesta el segundo golpe al recurrente en el sentido de que «obedece la construcción jurídica de la institución objeto del proceso, a una alternativa de asistencia y protección de los intereses de la persona a tutelar de manera que en su constitución ha de atender el juez sólo a aquello que comprometa al tutelado y la valoración del cumplimiento de los requisitos en los posibles designados ha de realizarse exclusivamente en su salvaguarda, teniendo en cuenta que la designación de tutor no es un derecho subjetivo que integra la situación jurídica de poder de los parientes y demás personas que la legislación familiar enumera, sino una garantía a la continuidad del ejercicio de los derechos del individuo incapacitado para hacerlo, por cuanto en la institución tutelar la relación no es parental, sino meramente jurídica entre el tutor y el incapacitado, por lo que toda alegación por el aspirante al cargo encaminada a su nombramiento, ha de sustentarse en una optimización de la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y cumplimiento de las obligaciones civiles de los incapacitados a su cargo en relación con las posibilidades de otros aspirantes (...)». Y vale la pena el empleo de este término tan apropiado en sede de una tutela contenciosa, a saber: el de «optimización». Es claro que ante dos contendientes convocados *ex lege* para desempeñarse como tutores de una persona, el tribunal, que a la postre será quien *designará*, entre los parientes convocados, al tutor, ha de velar porque la defensa de los derechos y la protección de la personas y sus intereses patrimoniales, no solo sea la idónea que el desempeño del cargo de tutor supone, sino como está en juego el *favor tutelando*, ha de procurarse que este desempeño sea el óptimo, cometido que no logrará, quien como aduce el tribunal muestra «... antecedentes de litigios penales con la incapacitada justamente por el ejercicio de sus derechos sobre uno de los bienes que ahora ha de ser conservado por quien sea designado en el debatido cargo y de cuya incapacidad renegó durante toda la tramitación del correspondiente expediente (...)», pues lógico resulta que el tribunal no defiera la tutela a favor de la persona que tiene marcados intereses antagónicos, lo cual hace dubitar ese sentido

de la optimización de la defensa de la incapacitada, a que se refiere la sentencia, cuando incluso, se llega a oponerse a la incapacitación de una persona que a todas luces estaba carente de sus más elementales facultades mentales.

---

### 3. EL PUNTO DE ATENCIÓN DE ESTE PROCESO: LA EXISTENCIA DE ESCRITURA PÚBLICA DE ESTIPULACIONES PREVISORIAS SOBRE LA PROPIA INCAPACIDAD

---

Si todo hubiera acontecido en la manera en que se narran los hechos, la sentencia objeto de comentario, no tuviera otra impronta, lo que sí trasciende en el Derecho cubano, en que la autonomía de la voluntad en sede de Derecho de Familia es muy tenue, es que la señora M.N.T.N. pudo ser la primera cubana que sintió la necesidad de concurrir ante notario público y otorgar una escritura de autoprotección, en fecha tan temprana –repito para el contexto cubano– como el 27 de febrero del 2002<sup>17</sup>.

La mayoría de la doctrina que ha estudiado el tema coincide en la preocupación que hoy se tiene por la necesidad de fomentar medidas normativas que tiendan a la regulación de mecanismos de autoprotección de la persona ante enfermedades degenerativas que impidan su propio gobierno. Algunos llaman la atención en que una reflexión algo más detallada en este orden nos pondría bien en alerta, si se toma en cuenta que aproximadamente una cuarta parte de su vida el ser humano no es capaz de autogobernarse, de lo cual deriva dependencia de otro, bien durante la minoridad o, luego en las últimas décadas de la vida<sup>18</sup>, máxime cuando en una buena parte de nuestros países hay tendencia hacia la longevidad<sup>19</sup>. Ni qué decir de Cuba que en este orden expresa cifras verdaderamente interesantes, pero que no dejan de ser preocupantes, ante una población de la tercera edad, que en la tercera y cuarta décadas de este siglo, ocupará un sector importante de cualquier pirámide demográfica, dicho

---

<sup>17</sup> Motivado quizás por su formación de base. Se trata de una persona Doctora en Psicología, especializada en el área de Psicología Clínica, en la que se desempeñaba incluso en la fecha en que otorgara la escritura pública como Presidenta del Consejo Científico del área docente en que prestaba además servicios de esta naturaleza. Su prestigio académico era de reconocimiento notorio.

<sup>18</sup> Vid. ARCE FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, «La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas (La tutela del siglo XXI)», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Thomson, Civitas, Madrid, 2003, pp. 207-209.

<sup>19</sup> Nos expresa CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, 2.ª edición, aumentada y puesta al día, Porrúa, México, 2008, p. 1, que según información del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, la esperanza de vida de los mexicanos se ha incrementado en las mujeres hasta 78 años, y en los hombres a 73, motivado en gran medida por el avance de las ciencias médicas que garantiza ese crecimiento en la expectativa de vida. En España, según CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, España, 1998, CES, Madrid 1999, p. 552; Informe de la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología para el Defensor del Pueblo, *La atención socio-sanitaria a las personas mayores en España*, Madrid, 2000, p. 90, ello cit. pos BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «El "apoderamiento o mandato preventivo" como medida de protección de las personas mayores», Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, número 78. [Fecha de publicación: 17/01/2008], en <<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>>, consultada el 1 de enero del 2009, p. 3, nota (1) se estima que en sólo 20 años (los transcurridos entre 1970 y 1990) el grupo constituido por las personas mayores de 80 años «se ha duplicado, pasando de medio millón a más de 1,1 millones de personas, y todo hace prever que su número superará los 2 millones en el año 2010, lo que en términos relativos supone que, para esas fechas, el 5% de los españoles, tendrá más de 80 años». Se calcula que para el año 2026 existirá alrededor de 2 millones de personas mayores con problemas de dependencia (en sus diversos grados) de los que requerirán un cuidado personal alrededor de un millón.

sea de paso, camino como vamos en nuestro país, perdería incluso la condición de pirámide, pues la cima sería tan ancha, que distorsionaría el sentido geométrico de la figura<sup>20</sup>.

La doctrina sigue insistiendo en que en la medida en que la edad avanza, hay más longevidad gracias al vertiginoso avance de las ciencias médicas, pero en esa misma proporción devienen nuevas enfermedades derivadas por el propio envejecimiento u otras que pueden llegar a edades relativamente tempranas de nuestras vidas tales como las demencias seniles, el Alzheimer, las enfermedades causadas por la ingestión de drogas, alcohol, anfetaminas, barbitúricos, el SIDA que en determinado estado avanzado de la enfermedad puede privar total o parcialmente la razón a quien la padece<sup>21</sup>, ello unido al desarrollo tecnológico de los medios de transportes que hacen que la persona se vea exponencialmente sometida a múltiples riesgos, no siempre mortales. Un por ciento, nada desdeñable, de personas que sufren serias discapacidades físicas o motoras, o psíquicas, ha sido motivado por accidentes de tránsito o por accidentes laborales. Por eso lleva mucha razón el profesor PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ cuando asevera que «los referidos avances médicos permiten también, en muchos casos, la detección precoz y el diagnóstico previo de estas enfermedades, razón por la cual no debe extrañar que quienes, conservando todavía en plenitud su capacidad de autogobierno, sientan la amenaza de los primeros síntomas –o tengan fundadas esperanzas de sufrirlos, dada la transmisión hereditaria de esas enfermedades o su elevada edad–, deseen adelantarse al inexorable transcurso del tiempo y opten por determinar anticipadamente quién y cómo regirán su persona y/o bienes cuando llegue la temida incapacidad, normalmente irreversible»<sup>22</sup>.

Como expresa la profesora PEREÑA VICENTE: «Si en presencia de las enfermedades que encienden la razón la asistencia médica puede ser suficiente, no ocurre lo mismo con aquellas que apagan, disminuyen o nublan nuestra razón, ante las cuales, la asistencia tiene que ser integral y comprensiva de una protección no sólo médica sino también personal y jurídica.»

«Uno de los retos de nuestros ordenamientos jurídicos consiste en prever los cauces adecuados para la protección y asistencia de los incapaces, discapaces y personas dependientes»<sup>23</sup>. Por ese motivo se viene haciendo doctrina y de qué manera sobre los actos de autoprevisión o de autoprotección<sup>24</sup>, o como algunos prefieren

---

<sup>20</sup> Al decir de ALFONSO FRAGA, Juan Carlos, «Situación demográfica. Tendencias actuales», en *Estructura económica de Cuba*, tomo I, Alfonso Casanovas Montero (coordinador), 1.ª reimpresión de la 1.ª edición, Félix Varela, La Habana, 2006, se pronostican cambios importantes en la estructura por edad, los cuales han de ser contemplados en la definición de la estrategia del desarrollo futuro del país. Se ratifica la tendencia hacia el envejecimiento poblacional que elevarían las edades medias y medianas de la población total de 35 y 33 años que se tenía en el año 2000, a 42 (ambas) en el año 2025. La población de adultos mayores se incrementará hasta casi 2,8 millones en el año 2025, lo que representará el 24% de la población total, o sea, casi un cuarto de nuestra población pertenecerá a la tercera edad, lo que significa que uno de cada cuatro habitantes, será una persona de la tercera edad, en tanto la población de 0-14 años, disminuirá de un 21.4% en el 2000, a un 16.4% en el 2025, es decir, habrán 900 000 adultos mayores más que niños y adolescentes de 0-14 años.

<sup>21</sup> Vid. CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A., *Incapacidad. Disposiciones para...*, cit., pp. 1-2.

<sup>22</sup> Vid. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José, «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, diciembre de 2001, p. 938.

<sup>23</sup> Vid. PEREÑA VICENTE, Montserrat, «La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?», en *La Ley*, año XXVIII, número 6665, 6 de marzo de 2007, pp. 1-6.

<sup>24</sup> Vid. ANTOLLINI, María Eugenia, María Guillermina KREBS, Mariela B. LEDESMA, «Actos de autoprotección», en *La Ley*, número 407, Buenos Aires, abril 2006, *passim*.

llamar estipulaciones previsorias de la propia incapacidad<sup>25</sup>, en la cual se incluyen la llamada «autotutela»<sup>26</sup>, la «autocuratela», los poderes preventivos o mandatos sobre protección futura<sup>27</sup>, el patrimonio especialmente protegido, el contrato de alimentos, el pacto de acogida, o figuras de naturaleza sucesoria<sup>28</sup>, todas con un fin provisorio, esto es, cautelar, dado que la finalidad que se persigue es poner en orden la protección de la propia persona o de su patrimonio.

En sentido general, las estipulaciones o disposiciones previsorias sobre la propia incapacidad es un término genérico en el cual se incluye cualquier manifestación de voluntad de un sujeto con pleno ejercicio de la capacidad jurídica o incluso en situación de minoridad con emancipación, en la que se toman medidas para asegurar, cautelar, prever, anticipar, la situación u orden en que pueda encontrarse la persona o su patrimonio ante circunstancias futuras en que no pueda ejercer por sí mismos sus derechos civiles, por una eventual situación de incapacidad, o sea, son previsiones tomadas en presente y eficaces tan solo bajo la *conditio iuris* de una incapacidad, o al menos una situación de incapacidad de hecho<sup>29</sup>.

En este panorama se inserta la precoz actuación de la señora M.N.N.T. quien acude el 27 de febrero del 2002 y otorga ante notario público escritura pública, a la cual el notario prefiere atribuirle el *nomen iuris* de estipulaciones previsorias sobre la

---

<sup>25</sup> Vid. RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», en *Ponencias presentadas por el notariado español en VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, México, 1998*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1998, *passim*.

<sup>26</sup> Vid. JIMÉNEZ SALINAS, Juan Carlos, «La autotutela como una forma de protección a la dependencia», en [http://www.ceoma.org/vicongreso/comunicaciones/08\\_doc](http://www.ceoma.org/vicongreso/comunicaciones/08_doc), consultado el 14 de octubre del 2008; MORENO NÁPOLES, R. J., «Análisis crítico de la actividad...», *cit., passim*; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela...», *cit.*, pp. 937-974; VINADER CARRACEDO, Javier, «Actuación del notario en el Derecho de Familia. Visión desde el Derecho español», en *Derecho Notarial*, tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2008, pp. 161-188; PEREÑA VICENTE, Montserrat, «La autotutela. ¿Desjudicialización...», *cit.*, pp. 1-6, «Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y Registral*, número 703, 2007, pp. 2235-2253; «El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXI, número 2040, 1.º de julio de 2007, pp. 2627-2659; CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A., *Incapacidad. Disposiciones para...*, *cit.*, pp. 1-34; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, «Dos aspectos en evolución del Derecho de Familia: la protección del discapacitado y la nueva regulación procesal de las uniones paramatrimoniales», en <http://www.fgr.cu/Legislacion/Estudios%20Juridicos%20Espa%F1a/FISCALES/FISCAL53.pdf>, consultada el 1 de enero del 2009, pp. 2429-2430; RENDÓN UGALDE, C. E., «Fundamentos teóricos y prácticos de la autotutela», en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año IV, número 11, México, mayo-agosto de 2005, <http://www.info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr4.pdf>, consultado el día 24 de junio de 2007.

<sup>27</sup> Vid. PEREÑA VICENTE, M., «Autotutela y mandato...», *cit.*, pp. 2235-2253; CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A., *Incapacidad. Disposiciones para...*, *cit.*, pp. 35-57; BERROCAL LANZAROT, A. I., «El apoderamiento o mandato...», *cit.*; CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, «El poder preventivo: ¿un acercamiento al sistema de tutela de familia?», en *El Derecho*, EDB 2005/83343.

<sup>28</sup> Estas figuras magníficamente diseccionadas en el estudio que hace la profesora PEREÑA VICENTE, M., *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2008.

<sup>29</sup> En 1998 en Veracruz, México, en ocasión de la VIII Jornada Iberoamericana de Derecho Notarial, el notario español Juan José RIVAS MARTÍNEZ, presentó una ya legendaria ponencia con ese título «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», publicada por el Consejo General del Notariado español en *op.cit.*, en ella el autor recalca en la actualidad del tema y ofreció un repaso general de los principales institutos jurídicos que podrían incluirse ante este nuevo cauce que el principio de la autonomía de la voluntad ofrece. Las conclusiones a las que se arribaron en esa jornada fueron un incentivo importante en la labor notarial y en la de los legisladores de nuestros países iberoamericanos. En este sentido se dijo que: «(...) La autoprotección, nacida de lo más íntimo del ser humano y como manifestación de su autonomía de la voluntad, es una necesidad nueva a la que las legislaciones de los países que acogen el sistema del Notariado Latino deben dar respuesta adecuada mediante las reformas que fueren necesarias en sus disposiciones legales. (...) Se reconoce que toda persona capaz puede adoptar medidas que tiendan a la autoprotección para el supuesto de su eventual incapacidad».

propia incapacidad, si bien el centro de esta estipulación concreta tomada por su autora lo era la designación de su tutora. Su primera y única cláusula lo delata claramente:

«Que, dada su edad, y, con ello, la posibilidad de que en un futuro pudiera sobrevenirle alguna enfermedad, limitativa o cercenatoria de la plenitud de sus facultades mentales, de las que dispone en la actualidad, impidiendo el ejercicio de sus derechos por sí misma, es su voluntad que su hija mayor L. M. T. N., quien convive con ella, promueva ante el tribunal competente su tutela, previa declaración judicial de su incapacidad, a los fines de proteger su persona y bienes y, asimismo, que el órgano judicial que provea la tutela tome en cuenta su voluntad, en el sentido que sea su nombrada hija su tutora, quien desea administre sus bienes hasta el momento de su fallecimiento y disponga de ellos, cuando le resulte necesario y/o útil a la hoy otorgante, conforme aprobación judicial».

Es visible, una señora, doctora en psicología, de vastos conocimientos en la materia, de reconocido prestigio académico, de 72 años de edad, que no mantenía las mejores relaciones con su hijo, decide expresar ante notario público su voluntad sobre su preferencia hacia su hija, quien convive con ella, para ser tomado en consideración, según su deseo, en el momento de *nombramiento* del tutor y ulterior *constitución* de la tutela, si llegare algún día ser declarada judicialmente incapacitada, como efectivamente resultó unos años después.

---

### 3.1 LA VOZ DE LA INCAPACITADA

---

Amén de lo que expresaré *a posteriori*, no me cabe duda que las estipulaciones o disposiciones de autoprotección tienen similar fin que el testamento, de ahí la pregunta que tantas veces se ha formulado la doctrina de disímil manera «¿Por qué se niega a una persona capaz autonomía para organizar quién y cómo le cuidará y asistirá cuando sea incapaz?»<sup>30</sup> ¿Cómo es posible –diría yo– que durante tantos años el Derecho no hubiere dado cobertura en sus normas a la posibilidad de designar nuestro propio tutor, o nuestro propio curador? ¿Por qué razón no es posible prever de la manera que consideremos más ajustada a nuestros intereses, la persona que *post capacitem*, nos resulta la más idónea para desempeñar las instituciones de guarda y protección? ¿Es que acaso es más importante para las personas el destino de su patrimonio *post mortem*, que el cuidado de su propia persona y de su patrimonio, cuando aún no ha fallecido, pero está incurso en una situación de incapacitación judicialmente declarada? ¿Qué valor entonces atribuirle a la voz de la incapacitada, que se proyecta en el tiempo, como la del testador, que «de ultratumba retorna y no nos deja vivir en paz» hasta que no distribuyamos conforme con la manera prevista por él, lo que un día fue su patrimonio, y hoy es el caudal relicto, repartible entre sus causahabientes? La voz de la incapacitada se perpetúa en un documento público notarial, que por la fuerza probatoria de la que está dotado, es el reservorio más idóneo para expresar esa voluntad. No puede olvidarse que el documento público goza de una au-

---

<sup>30</sup> ASÍ, PEREÑA VICENTE, M., 2La autotutela: ¿Desjudicialización...», *cit.*, pp. 1-6.

tenticidad formal y material extendida en el tiempo. Como ya he apuntado en otra ocasión: «El notario crea un documento dotado de blindaje, solo destruible por razón de una falsedad declarada judicialmente. Esa fe pública impuesta por ley, es verdad oficial, en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de convicción, de libre albedrío, sino por razón de un imperativo jurídico que compele a tener por ciertos e indubitados ciertos hechos o actos, sin que la sociedad pueda dudar sobre la verdad objetiva insita en ellos»<sup>31</sup>.

La voz de la incapacitada no solo se perpetúa, sino que a todas luces ha de ser tenida en cuenta por quien a la postre, *nombre* al tutor y *constituya* la tutela (en nuestro caso, el tribunal, tratándose de un sistema tutelar de autoridad judicial). Como expone el notario CÁRDENAS GONZÁLEZ, quien acude a otorgar actos de autoprotección, dentro de ellos la *designación* de su propio tutor, pide a todos: «¡Dejénme, por favor, ser yo quien elija mi destino! Tengo derecho a decidir por mí»<sup>32</sup>.

---

#### 4. ¿ES DABLE LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE LA TUTORA POR LA PROPIA PERSONA INCAPACITADA EN UN SISTEMA DE AUTORIDAD JUDICIAL EN QUE NO SE ADMITE EXPRESAMENTE?

---

La posibilidad de *designar* el propio tutor por escritura pública notarial en un ordenamiento jurídico en que no hay una regulación explícita sobre la materia, no es una mera cuestión bizantina. El profesor PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ que estudió con detenimiento el tema en fecha en que aún no lo había regulado el artículo 223 del Código Civil español, se afiliaba por la negativa, para ello se basaba entre otros argumentos en el régimen tutelar establecido en el Código Civil español, tras la reforma de 1983, constituido esencialmente por normas de naturaleza imperativa, que a su tenor dificultaban la interpretación extensiva y la aplicación analógica, al mismo tiempo que reducía sensiblemente el marco de la autonomía de la voluntad, a lo cual se sumaba el que en el orden de personas que establecía el artículo 234 del Código Civil español no fungía la persona o personas designadas por el propio interesado, en tanto que era bien difícil que el juez que *constituyera* la tutela tuviera conocimiento de ello, pues no existía norma legal alguna que viabilizara la publicidad del documento público notarial en que se instrumentara la *designación* de tutor<sup>33</sup>. En sentido

---

<sup>31</sup> Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., 2El Notario: función de autoridad pública», conferencia pronunciada en el VIII Congreso de los Notarios Públicos de Rumanía, celebrado en Sinaia, Rumanía, del 19 al 22 de noviembre del 2008 (inédita).

<sup>32</sup> Vid. CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A., *Incapacidad. Disposiciones para...*, cit., p. XX.

<sup>33</sup> Vid. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela...», cit., pp. 947-948. Esta situación también se da en la actualidad en el ordenamiento jurídico familiar cubano. En el supuesto de que se autorizaren escrituras públicas de autotutela o de designación de tutor por el propio incapacitado, se correría el riesgo de que al momento de que el tribunal *nombre* tutor y *constituya* la tutela, no tenga conocimiento de la existencia de la escritura pública en la que se contiene la voluntad del tutelando, pues no hay un mecanismo que garantice la publicidad de este instrumento notarial. A mi juicio, nada quita que pueda ser inscrita al margen del nacimiento de la persona, al estilo del Derecho común español (vid. art. 223.2 del Código Civil español, tras las modificaciones operadas por la Ley número 41/2003). A fin de cuentas el artículo 3, primer párrafo, de la Ley del Registro del Estado Civil regula que en el citado Registro serán inscritos *todo hecho o acto que constituya o afecte el estado civil de las personas*, en tanto el artículo 42, en su inciso ñ), con valor residual, admite que ingrese como nota al margen del asiento de inscripción del nacimiento *de cualquier otro acto que se refiere al estado civil del inscripto* y, si bien es cierto que el negocio de autotutela es perfecto desde su otorgamiento notarial, no tiene eficacia inmediata y directa, pero puede tener incidencia en un

general, el citado profesor se proyectaba resuelto a «considerar la necesidad de que el legislador español afronte *ex novo* y decididamente la regulación de esta figura»<sup>34</sup>.

¿Qué criterios merece entonces su posible admisión en un ordenamiento jurídico familiar como el cubano? Antes de adelantar una toma de posición, vale la pena hacer ciertas puntualizaciones en el orden estrictamente técnico-jurídico.

---

#### 4.1 CONCEPTOS PREVIOS A DESLINDAR: VOCACIÓN DE LATUTELA, DELACIÓN DE LATUTELA, DESIGNACIÓN DE TUTOR, CONSTITUCIÓN DE LATUTELA

---

Para poder responder a las preguntas formuladas con anterioridad, es saludable ofrecer esta distinción con la cual la doctrina no siempre está conteste<sup>35</sup>. Y ello, porque no siempre se le dan las acepciones que merecen a los términos *vocación*, *delación*, *designación*, *constitución*, tanto en sede de herencia, donde ha sido más prolija la doctrina, como en sede de tutela.

Siguiendo los derroteros que un día tracé en sede sucesoria<sup>36</sup>, conforme con la doctrina científica, la *vocación tutelar* supone una convocatoria a la tutela de un menor de edad o de una persona mayor de edad, judicialmente incapacitada. Dentro de los convocados que forman una lista *numerus clausus* resultará el tutor efectivamente *designado*, y luego *nombrado* por el tribunal, pero siempre dentro de los que tienen *vocación* tutelar, tenga ésta naturaleza voluntaria, legítima o dativa.

La *vocación* también encierra un *llamamiento* pero mucho más abarcador respecto del círculo de personas que pueden estar comprendidas en él. De ahí que puedan estar incluidas aquellas personas vinculadas con el incapacitado o menor y que, en consecuencia, puedan tener cierta expectativa a ser posteriormente llamado (sobre todo en los supuestos de tutela dativa que para los mayores de edad judicialmente incapacitados prevé el artículo 148, párrafo 3.º, entre los que cuiden al incapacitado o entre quienes muestren interés en asumir la tutela). En tanto que, en la *delación* legítima, la *vocación* tutelar se sustenta en la existencia de un vínculo parental o conyugal dentro de los grados y órdenes reconocidos en el Derecho positivo. Así,

---

futuro en el ulterior *nombramiento* y *constitución* de su tutela. Por ello en la VI Jornada Nacional del Notariado Cubano, celebrada en la ciudad de Holguín, los días 8 y 9 de febrero del 2007, se llegó a proponer la creación de un mecanismo de publicidad mediante la inscripción de este negocio en el Registro del Estado Civil por la vía de la nota al margen del asiento de nacimiento.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 949.

<sup>35</sup> GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentarios al artículo 234 del Código Civil español», en *Comentarios a las reformas de...*, *cit.*, pp. 298-317, utiliza indistintamente los términos *delación* y *vocación* de la tutela, sin que, a mi juicio, resulte nítida esta distinción. En el contexto cubano MORENO NÁPOLES, R. J., «Análisis crítico de la actividad...», *cit.*, *passim*, prefiere distinguir entre uno y otro término, pero prefiere hablar de *vocación* de la tutela. Empero, en la doctrina clásica cubana, el término de *delación* de la tutela tiene un sentido distinto. Se aprecia como denuncia de la tutela, esto es, puesta en conocimiento al fiscal de la necesidad de que una persona se ponga bajo tutela, deber que le compete a los sujetos comprendidos en los incisos del 1 al 3 del artículo 140 del Código de Familia. Así, PERAL COLLADO, Daniel A., *Derecho de Familia*, 1ra reimp., Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1984, pp. 148-149.

<sup>36</sup> *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L. B., Capítulo IV: «Constitución del derecho hereditario», en *Derecho de Sucesiones*, tomo I, bajo la propia coordinación del autor, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 110-120.

tienen *vocación* tutelar desde el cónyuge, hasta los hermanos, pasando por los padres, hijos y abuelos (*vid.* art. 148, párrafo 1.º, incisos del 1 al 5).

La *vocación* se dirige a los *designados* ya sea por el testador (en un supuesto de tutela testamentaria) por el propio incapacitado (en uno de autotutela) o por la ley, entendida tal *designación* como la determinación de la persona del destinatario, *nominatim* por excelencia, en los supuestos de *delación* voluntaria (testamentaria o autotutela) o de forma abstracta en la legítima, tan sólo identificable por la expresión de las circunstancias de los destinatarios, en razón de su vínculo conyugal o parental con el incapacitado (en nuestro Código de Familia, prevalentemente inindividualizado)<sup>37</sup>. Al ser tal *designación* un elemento de la *vocación*, realizada, por supuesto antes de la incapacitación del sujeto, por pura racionalidad, no surte efecto hasta tanto no sobrevenga la incapacitación y tenga lugar la *vocación* y, luego, *delación* tutelar.

La *delación*, por su parte, es el *llamamiento* efectivo y concreto a favor de uno de los titulares de la *vocación* tutelar, que les permite convertirse en tutor, siempre que acepte el cargo, previo el *nombramiento* por el tribunal, y con ello *constituir* la tutela.

La *delación* supone un estadio superior, a quien se le ofrece el cargo, tiene más posibilidad de convertirse en tutor que quien simplemente está incluido entre los posibles candidatos. Toda *delación* presupone *vocación*, pero no a la inversa.

La *delación* comienza cuando existe la necesidad de poner una persona bajo tutela, con posterioridad a que la persona esté judicialmente incapacitada, para lo cual se requiere que el nombrado tutor por el tribunal, acepte el *nombramiento* para el cargo al que fue *llamado*, por ello es necesario.

Para que la persona a favor del cual opera la *delación* tutelar pueda aceptar el cargo se requiere:

- a) que sobreviva al incapacitado;
- b) que cumpla los requisitos legales establecidos para que pueda asumir el cargo;
- c) que sea *designada* y *nombrada* por resolución judicial firme;

Por ello, quien *designa* al tutor, como parte de la *vocación* tutelar es la propia persona incapacitada, el testador, como padre con patria potestad sobre sus hijos menores, el legislador y el tribunal, tan solo en los supuestos de *delación dativa* de la tutela, o sea, cuando el *llamamiento* le compete al tribunal (art. 148, párrafo 3.º, del Código de Familia)<sup>38</sup>. Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, solo el tribunal  *nombra* al tutor, *designado* por el legislador, o por él mismo (tutela dativa), no solo en el supuesto del último párrafo del artículo 148 del Código de Familia, sino también en los casos comprendidos en los incisos del 2 al 5 del párrafo 1.º del artículo 148 del Código de Familia, pues en todos ellos, son varios los convocados, de los cuales uno solo será *designado*, tal y como aconteció en

---

<sup>37</sup> A juicio de LETE DEL RÍO, José Manuel, «Comentarios al artículo 223 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo IV, Revista de Derecho Privado, EDESA, Madrid, 1985, p. 265, al estudiar en el régimen jurídico del Derecho común español la llamada «delación» testamentaria de la tutela, no puede hablarse de una verdadera y propia *delación* testamentaria, en tanto la *designación* del tutor por esa vía no comporta en modo alguno «la atribución *ipso iure* del oficio tutelar al designado, en cuanto que la designación para ser válida y operativa necesita de convalidación mediante al acto específico de investidura, el cual se concreta en el nombramiento que realiza el juez».

<sup>38</sup> Este criterio lo sostiene LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios al artículo 223...», *cit.*, pp. 262-263.



la sentencia objeto de comentario (así se dispone en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia<sup>39</sup>). El *nóbramiento* se contiene en el auto judicial o sentencia judicial en que se sustancie la tutela. *Nóbrar* es el acto de investir judicialmente a una persona en el cargo de tutor, *nóbramiento* que requiere sin dudas, de la aceptación. Aceptada entonces la tutela, y prestado juramento por el tutor, ésta a los efectos legales queda *constituida*, y posteriormente inscrita en el Registro de tutelas que cada tribunal municipal lleva, a cargo del secretario de dicho tribunal (*vid.* arts. del 162 al 166 del Código de Familia), o sea, en el auto judicial, se *nóbra* al tutor, si la delación es legítima, o se *designa* y *nóbra* al tutor, si estamos en presencia de una delación mixta o dativa, pero la tutela no queda definitivamente *constituida* hasta que el tutor no acepta el cargo.

---

#### 4.2 DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE LA TUTELA POR LA PROPIA PERSONA INCAPACITADA. ACOTACIONES SOBRE LA NATURALEZA DEL NEGOCIO JURÍDICO EN QUE SE CONTIENE LA DESIGNACIÓN (¿AUTOTUTELA?)

---

Ahora bien, ¿definitivamente le era dable al notario autorizar una escritura en los términos en que fue redactada? ¿Se contenía en ella una *delación* voluntaria de la tutela por la propia incapacitada? ¿Estamos frente a un supuesto de autotutela?

No me caben dudas de que el notario es *le tailleur du Droit*<sup>40</sup>, actúa como un buen sastre que elabora su obra a la medida del cliente, según la voluntad de éste, siempre y cuando pueda verter esa voluntad en los moldes que imponen las normas imperativas, tanto reguladoras del fondo como del continente. El notario como hacedor de formas, consejero, asesor técnico y, sobre todo, baluarte de la aplicación irrestricta de la ley, ejerce su profesión ofreciendo seguridad jurídica a las transacciones que se realizan entre los particulares, sellándolas con la impronta que supone la *fide* pública de la cual es su más genuino detentador.

Con claridad meridiana expresaba CARNELUTTI en una ya antológica alocución que el notario era un traductor, en el sentido de saber expresar en el más puro lenguaje jurídico las voluntades de las partes a través de los más precisos conceptos técnicos, con la palabra adecuada, apropiada para cada negocio o acto jurídico<sup>41</sup>.

El notario no sólo instrumenta los actos o negocios reconocidos expresamente en una norma legal. Tiene ante sí la función creadora del Derecho. Es común que quienes concurren ante nosotros lo hagan con desconocimiento absoluto del Derecho, con el claro propósito de darle cobertura legal a un acto que ni tan siquiera viene previsto expresamente en los tantos códigos, leyes, y demás disposiciones normativas que constituyen el ordenamiento jurídico de un Estado. Y ahí radica la labor creadora del Derecho por el notario, quien tiene ante sí la ingente misión de darle forma y contenido

---

<sup>39</sup> Ahora bien, tratándose de un contencioso, en el que el tutor *designado* fuera quien promoviera el proceso ante el tribunal, no es necesario que, posteriormente acepte el cargo y sí, tan solo que preste juramento del cargo. De todos modos en ese momento quedaría *constituida* la tutela.

<sup>40</sup> La frase se atribuye al Ministro de la Justicia francés en un congreso de notarios celebrado en Niza, según expresa DI CAGNO, Vittorio, «El papel social y humano del notario latino», en *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, año XI, Nº 11, 2001, p. 21.

<sup>41</sup> *Vid.* CARNELUTTI, Francisco, «La figura jurídica del notariado», en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Editorial Reus, Madrid, 1954, pp. 17-19.

legal a un acto que no contraviene los principios generales del Derecho, fruto de la autonomía de la voluntad y de la libertad del individuo, anticipándose en ocasiones el notariado, a lo que en un futuro reconocen después los legisladores.

En este sentido, en las conclusiones del XXIII Congreso del notariado latino celebrado en Atenas, Grecia, en el otoño del 2001, se afirmó: «*Por regla general, el notario es el primer jurista que afronta nuevas figuras jurídicas en el sector del Derecho Privado en ámbito no contencioso, y responde a la necesidad de reglamentación contractual concreta de las mismas.*»

*El notario, en su intento de comprender el verdadero alcance aplicativo de la ley y sus innovaciones y de coordinarlas con el sistema vigente, llega a menudo a identificar nuevos supuestos. Así, éstos son fruto de una interpretación creativa sin la cual las normas, a veces, acabarían por no encontrar un espacio adecuado para ser aplicadas. De cualquier forma, cabe decir que la actividad del notario en la aplicación de la ley siempre es, en cierta medida, creativa, porque, aun cuando no dé lugar a la aparición de nuevas figuras negociales, siempre está orientada a encontrar el valor real del dictado legislativo, de cuya aplicación es también el primer intérprete, puesto que es el primer responsable.*

Con razón se ha dicho que: «Ninguna institución como la notarial para estudiar y exteriorizar nuevas orientaciones jurídicas. Consejero de las partes, magistrado de las familias, apóstol de la ley, sancionador de las relaciones privadas –en ciertos aspectos comparable con la augusta función del pretor– tiene el notario el privilegio, al par de la gran responsabilidad, de recoger las manifestaciones embrionarias de la vida jurídica a las que, tras un fecundo proceso constitutivo debe darle forma legal, sin más directriz, muchas veces, que la dogmática y los principios generales del Derecho.

»Si el notariado no crea jurisprudencia, le aporta en cambio, inéditas fórmulas, abre cauces de nuevos compromisos doctrinales y coloca los primeros sillares de la futura legislación»<sup>42</sup>.

No puede obviarse tampoco que el notario, como sastre que es, busca las medidas y coloca la pieza construida sobre el torso del cliente, teniendo como altar el Derecho y no solo la norma jurídica escrita, buscando en todo caso el sentido de lo justo, para lo cual ha de estar educado no solo por los conocimientos recibidos en las universidades, sino también por el sentido de la racionalidad y su propia intuición.

Doctrinalmente hablando, la tantas veces llamada por la doctrina autotutela, en la que ni tan siquiera hay consenso con su nombre, es un negocio jurídico a cuyo tenor una persona, mayor de edad, o incluso menor emancipado, en previsión de su incapacitación futura, *designa* a su tutor. Se ha definido doctrinalmente como «la posibilidad que una persona con capacidad de adoptar las disposiciones que considere en previsión de su propia futura incapacitación»<sup>43</sup>, o como «la designación de tutor de sí mismo hecha por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz»<sup>44</sup>. Otros la han llamado autodelación de la tutela, y en tal sentido se plantea que es «la guarda de la persona y bienes deferida por el propio interesado antes de

---

<sup>42</sup> José María de PORCIOLES, *cit. pos* VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 1150.

<sup>43</sup> *Vid.* FÁBREGA RUIZ, C. F., “Dos aspectos...”, *cit.*, p. 2429.

<sup>44</sup> *Vid.* PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela...», *cit.*, p. 944.

haber incidido en incapacidad»<sup>45</sup>. Para otros, tutela voluntaria o autodesignada, o también autodelación de la tutela «es una institución que organiza la protección integral del futuro del incapacitado» «constituye un derecho de la persona física mayor de edad, en pleno ejercicio de sus derechos para dejar previstos los medios de protección de su tutela en una situación que le impida gobernarse por sí; es decir regular con plena autonomía lo referente al cuidado de su persona y la administración de sus bienes, nombrando para ello a su tutor, otorgarles facultades para cumplir su función, estableciendo las medidas de control y vigilancia para el buen desempeño de la tutela»<sup>46</sup>.

En todo caso se trata de un negocio jurídico unilateral, recepticio, personalísimo, *inter vivos*, solemne, y revocable<sup>47</sup>. Es una declaración de voluntad negocial destinada a causar efectos jurídicos, queridos y provocados por su autor, que puede ser la *delación* o la simple *designación* de una persona, que por tal motivo tendrá *vocación* a la tutela. Ello depende de que se admita un sistema de *delación* tutelar distinto al dativo y al judicial, es decir, voluntario, supuesto en el cual el *llamamiento* e incluso *nombromiento* del tutor corre por cuenta del tribunal o del juez, resultándose posible a este intervenir tan solo cuando las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de otorgar la escritura pública en que la autotutela se ha vertido, han variado notoriamente, de modo que el tribunal o el juez, según el caso, puede *llamar* a otra persona a la tutela, o aplicar la *vocación* legítima. En este sentido, pocos autores, como PEREÑA VICENTE, explican la diferencia del sistema a que se adscribe el Derecho común español, de aquel al que se afilia el Derecho catalán, e incluso el matiz que adopta el sistema francés. Al decir de la profesora madrileña, en el ordenamiento catalán «La autotutela se configura como un modo de delación por lo que se regula en una sección separada de la delación dativa, como delación voluntaria. Por ello, en el Derecho catalán podemos afirmar que existe autodelación de la tutela, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Código civil en el que la delación de la tutela es siempre dativa. En el ámbito del Código civil el Juez constituye la tutela y designa al tutor, mientras que en el Código de Familia, sí existe autotutela, el Juez constituye la tutela pero se limita a dar posesión del cargo, a la persona designada por el interesado o por los padres. Por eso, el artículo 172 lleva el título ‘delaciones hechas por uno mismo’»<sup>48</sup>. Se deshilvana así esta compleja madeja que ha llevado a la utilización indiscriminada de términos que no resultan los más atinados, y sí, por el contrario, nos lleva a una total equivocidad.

Coincido plenamente con MORENO NÁPOLES cuando para explicar la naturaleza del negocio de autotutela, que como vimos puede o no ser autodelación de la tutela, toma como referencia la del testamento, salvando claro está la distancia. Se trata de un negocio con doble relevancia jurídica, para su autor y para los terceros. Para la persona devenida luego judicialmente incapacitada, el negocio es perfecto desde su otorgamiento vía notarial, tan perfecto que si quiere destruirlo tendría que ejercitar el *ius poenitendi*, es decir, el derecho de revocación que le viene franqueado, pero irrelevante para terceros, incluida aquí la persona *designada* o incluso *llamada*, en ordenamientos como el catalán. La *designación* no surte efectos jurídicos hasta tanto no resulte judicialmente incapacitado el autor del negocio. Es un negocio que tiene por función regular la protección del sujeto para el tiempo de su futura e incierta incapa-

<sup>45</sup> Vid. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Disposiciones y estipulaciones...», *cit.*, p. 191

<sup>46</sup> Vid. CÁRDENAS GONZÁLEZ, F. A., *Incapacidad. Disposiciones para...*, *cit.*, p. 11.

<sup>47</sup> En este sentido coincido con los caracteres que enuncia PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela...», *cit.*, p. 944.

<sup>48</sup> Vid. PEREÑA VICENTE, M., *Dependencia e incapacidad...*, *cit.*, p. 72.

citación, del cual ningún efecto se deriva antes de tal eventualidad. Resulta para los terceros antes de la incapacitación un acto *in devenire*. La incapacitación no es un evento cualquiera extraño a su estructura; es por el contrario inseparable, característico, funge como una *conditio iuris* para la relevancia jurídica externa del acto y se convierte en algo más que un requisito legal de eficacia y algo menos que un elemento constitutivo: es requisito de vigencia exterior<sup>49</sup>. *Medio tempore* entre el momento de su formación y el de la incapacitación, es un acto perfecto, el cual adquiere carácter definitivo en cuanto al autor del mismo; *in itinere* para la generalidad (terceros), esto es, carece de todo relieve jurídico para ellos<sup>50</sup>.

Por todo lo que vengo diciendo es claro que en nuestro ordenamiento jurídico familiar no podemos hablar de una autodelación de la tutela, incluso muy aventurado sería decir que se admite la autodesignación de la tutela, si bien, considero inocuo que ello se admita a la luz de los principios generales del Derecho, pues no afectaría ni un ápice el sistema de tutela de autoridad judicial regulado en el Código de Familia, al fin y al cabo será el tribunal el que *nombre* al tutor y luego *constituya* la tutela, pues la sola *designación* por el propio incapacitado no enervaría en lo absoluto la promoción del expediente de tutela, pero sí sería un elemento de relevancia jurídica, pues contendría la voz del incapacitado, tan apagada por estos predios.

---

### 4.3 POSIBLES EFECTOS VINCULANTES PARA EL TRIBUNAL QUE CONSTITUYA LA TUTELA

---

Hasta tanto no se reconozca en el ordenamiento jurídico familiar cubano la posibilidad al menos de que el tutor sea *designado* por el propio incapacitado, cualquier

---

<sup>49</sup> Vid. MORENO NÁPOLES, R. J., «Análisis crítico de la actividad...», *cit.*, pp. 55-57. Con similar parecer se ha pronunciado la Audiencia Provincial de La Coruña, en su sentencia de 14 de noviembre del 2007, número 407/2007, de la que fue ponente SÁNCHEZ HERRERO (*El Derecho*, EDJ 2007/303294), en un caso en que se impugna la autotutela, entre otras razones por haber sido autorizada la escritura pública en que aquella se contiene, en una fecha anterior a la entrada en vigor de la legislación habilitante. De este modo, en su Fundamento de Derecho 2.º se apoya, a los fines de validar la citada autotutela y permitir la aplicación de la ley, que luego de otorgada la escritura reguló dicha figura, en su propia naturaleza, de modo que para el juzgador «*el hecho determinante del nacimiento del derecho no fue aquella designación, sino que lo ha sido la declaración de incapacidad, pues es a partir de ésta y de la conclusión de que el otorgante debe ser sometido a tutela, cuando ha de entrar en juego bien la designación hecha por él mismo, o en su caso la designación por el orden prevenido en el art. 234 y ello ha sucedido ya con la vigencia de la nueva regulación*».

«*Hasta el momento de la declaración de incapacidad, ninguna virtualidad ni eficacia podría tener aquella designación, pues si no se llegase a declarar la incapacidad, no se habría producido la condición precisa para que pudiera tener eficacia*».

<sup>50</sup> El autor se apoya en la tesis a la que me he afiliado para explicar la naturaleza del negocio jurídico testamentario. La tesis del doble estadio de relevancia jurídica ha sido formulada respecto al testamento y defendida con vehemencia por JORDANO BAREA, Juan B., *El Testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999, p. 33 y RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo I, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 1997, pp. 75-76. En este sentido también me he adscrito a ella, según lo he expuesto en PÉREZ GALLARDO, L. B., Capítulo V: «El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación», en *Derecho de...*, I, *cit.*, pp. 220-226 y, en concreto, 25-226. Con una posición similar PEREÑA VICENTE, M., «La autotutela: ¿Desjudicialización...», *cit.*, pp. 1-6, quien expresa: «Salvando las distancias, para explicarlo podríamos establecer el siguiente paralelismo: el testamento existe y es válido desde que se otorga, con todas las formalidades que la ley exige, pero la institución de heredero en él ordenada no produce efecto alguno hasta que se cumplan dos requisitos posteriores: la muerte del testador y la aceptación del llamado.

«Insistimos en que, salvando las distancias, el esquema se reproduce: el negocio de autotutela existe y es válido desde el otorgamiento, pero eso no implica la eficacia automática del cargo de tutor».

manifestación de voluntad en este ámbito no vincularía el tribunal. Adpero, de la misma manera que la tutela dativa tiene carácter excepcional en el Código de Familia, creo justo considerar que la voz del incapacitado exteriorizada en documento público notarial ha de ser captada por el tribunal, de modo que sólo cabría que se apartara cuando las circunstancias han variado notoriamente, en comparación con las tenidas en cuenta por el tutelando en el momento en que otorgara la escritura, pero ello es una mera elucubración teórica.

En este sentido la profesora PEREÑA VICENTE nos ilustra una vez más en las diferencias en la regulación entre los ordenamientos común y catalán: «En la autotutela regulada en el Código de Familia de Cataluña, la vinculación del Juez es mayor, porque la propia configuración del sistema es diferente. En el ámbito del Código civil, hemos visto cómo el que formaliza la escritura de autotutela no nombra al tutor que, en todo caso, es nombrado por el Juez. Sin embargo, en el sistema catalán, la autotutela se configura como un modo de delación, que excluye el nombramiento por el Juez. Así, si el interesado nombra al tutor el Juez no puede prescindir de la persona nombrada, porque la facultad que se le concede para alterar el orden de los llamados a la tutela por la Ley no comprende a la persona nombrada por el propio incapacitado, consecuencia lógica de lo que dispone el artículo 178 del Código de Familia de Cataluña, que concede al Juez la facultad de nombrar tutor sólo subsidiariamente, es decir, si el propio interesado o los padres no lo han designado. La intervención del Juez, si existe autotutela, se limita al caso en que exista impugnación del nombramiento, y sólo están legitimados para impugnar las personas llamadas por la Ley para ser tutores y el Ministerio Fiscal, pero siempre que se cumpla una condición: *‘si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión.’*»<sup>51</sup>. Criterio que también ha sustentado la jurisprudencia en los pocos casos que han sido del conocimiento del foro. Así el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sección 4.<sup>a</sup>, en su sentencia de 12 de mayo del 2003, número 14/2003, de la que fue ponente BRUGUERA Y MANTIENE (*El Derecho*, EDJ 2003/30568), en un caso, bastante similar en el orden fáctico al conocido por los tribunales cubanos<sup>52</sup>, reconoce que la institución

<sup>51</sup> Vid. PEREÑA VICENTE, M., *Dependencia e incapacidad...*, cit., p. 58.

<sup>52</sup> En efecto, en escritura pública otorgada por la Sra. J. ante el notario de Figueres el 25 enero 1999, al amparo del artículo 172.1 del Código de Familia catalán, en previsión de ser declarada incapaz, nombró tutor de su persona y bienes a su hijo Sr. P., previsión que la Sra. J. adoptó debido a que cuatro meses antes, el 23 septiembre 1998, su hijo mayor, Sr. S., había instado su declaración de incapacitación ante el juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia número 6 de Figueres. El 18 octubre 1999 (10 meses después de que la Sra. J. hubiese otorgado la escritura de autotutela mencionada) el juzgado dictó sentencia en que desestimó aquella demanda de incapacitación con el fundamento de que: *«la conclusión de la prueba pericial practicada revela la existencia de un leve deterioro cerebral que no impide a D.<sup>a</sup> J. continuar desarrollando la misma vida que hasta ahora, apareciendo capaz de realizar los actos normales de una administración ordinaria de sus bienes. Es posible que con el paso de los años y habida cuenta de la avanzada edad de la demandada, los signos de atrofia cerebral apreciados mediante la práctica del T.A.C. se extiendan e impidan a D.<sup>a</sup> J. regirse por sí misma. Sin embargo, en la actualidad, ello no es así, debiendo denegarse la pretensión deducida en la demanda. Debe señalarse que el Ministerio Fiscal comparte el criterio del Juzgador considerando que la demandada es capaz de administrarse y gobernarse por sí misma»*. Tal sentencia devino firme.

Pese al contenido y la decisión de la sentencia anterior denegatoria de la incapacitación, cuando aún no habían transcurrido 4 meses de ésta, el 11 febrero del 2000, el propio hijo, Sr. S., presentó al mismo juzgado otra demanda volviendo a pedir la incapacitación de su madre. El 3 de abril siguiente la representación procesal de ésta contestó manifestando que *«... D.<sup>a</sup> Juana no está dispuesta a padecer de continuo toda la serie de pruebas, exámenes y periciales médicas a las que se pudiera ver obligada a pasar por demandas de incapacitación que la parte actora tuviera a bien disponer»*. Y añadía que: *«ese es el motivo, añadido al hecho de que desde el año 1999, mediante el mecanismo de la AUTOTUTELA, tenga solucionados los problemas que de la incapacitación de su persona pudieran*

de la autotutela prevista por el Código de Familia tiene que ser respetada, pues no tiene ningún sentido que el Juez *designe* otro tutor en contra de la voluntad de la incapacitada si la decisión la tomó cuando aún no había sido declarada incapacitada, en este sentido en el Cuarto de los Fundamentos de Derecho, al hacer alusión a la provisión dictada por el Juzgado de Figueres en la que se acuerda la apertura de una pieza separada para la tramitación del *nombramiento* de tutor, expresa que esta «*disposición (...) no tuvo en cuenta que al tutor ya lo había nombrado la interesada en la escritura pública de autotutela (...) de 25 enero 1999 (...) y que, por lo tanto, no había que nombrar ningún tutor, sino, pura y simplemente, constituir la tutela cumpliendo la voluntad de la interesada tal y como había ésta dispuesto (...) de acuerdo con el art. 172,1 del Código de familia de Cataluña en momento en que tenía capacidad indiscutible (...); todo sin perjuicio de que (...) (se) pudiese impugnar el nombramiento hecho en autotutela conforme el párrafo 2 del mismo art. 172, si se hubiese producido alguna modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente se hubiesen tenido en cuenta al otorgar la escritura pública; cosa que no sucedió (...)*».

---

#### 4.4 NO A LA DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE LA TUTELA EN EL DERECHO CUBANO: LA POSICIÓN SUSTENTADA POR LA SENTENCIA NÚMERO 638 DE 29 DE JULIO DEL 2007 DEL TRIBUNAL MUNICIPAL DE PLAZA DE LA REVOLUCIÓN

---

Precisamente en una posición nada moderada, se coloca el juzgador de primera instancia, que hace caso omiso a la eficacia de la escritura pública de estipulaciones sobre la propia incapacidad, para lo cual aduce el endeble argumento de que «*su contenido no se atempera con lo regulado en el Ordenamiento Jurídico cubano pues, el Código de Familia, que contiene las normas especiales de la materia, no reconoce, y ni siquiera se puede inferir de su contenido, la institución doctrinal de la Autotutela, a pesar de tratarse de un documento público basado completamente en el principio de la autonomía de la voluntad*». No creo que bajo ninguna circunstancia, lo establecido

---

*surgir, que mí representada haya expresado su voluntad de ser declarada incapaz cuando aún tiene posibilidad de discernir cuáles son sus necesidades básicas y cómo quiere solventarlas*». Y reconocía que «*... de cualquier modo, la enfermedad de Alzheimer que padece D.ª J. ha sufrido una leve evolución, encontrándose en la actualidad en el Estadio 1 de la afección referida. Ésa se la razón de que no descartemos la posibilidad de que deba ser declarada incapaz*». El 6 febrero del 2001, cuando ya había transcurrido un año desde la formulación de la segunda demanda de incapacitación, el juzgado dictó sentencia en que declaró la incapacitación de la Sra. J. para regir su persona y administrar sus bienes, quedando en lo sucesivo sujeta a tutela.

Una vez firme la sentencia anterior, el 13 marzo del 2001 el juez de 1.ª instancia dictó una «provisión» en que acordó: «*Siendo firme la sentencia en la que se declara incapaz a D.ª Juana, ábrase pieza separada para la tramitación del nombramiento de tutor...*». El 8 octubre del mismo año 2001 el juez dictó un auto en el cual dispuso: «*Acuerdo nombrar tutor personal de D.ª Juana a su hijo D. S. y administrador de sus bienes a su otro hijo D. P... inscribase la tutela en el Registro Civil... (...)*».

Disconformes ambos hermanos, los Sres. S. y P., con las decisiones anteriores, interpusieron sendos recursos de apelación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Girona la cual, el 18 mayo del 2002, dictó un auto en que desestimó el recurso del Sr. P., estimó el del Sr. S., y con revocación parcial del auto apelado, nombró al Sr. S. administrador de los bienes de la incapaz Sra. J.; con lo cual el mencionado Sr. S. quedó tutor de la persona y administrador de los bienes de la mencionada incapaz. Contra este auto, el Sr. P. interpuso recurso de casación en cuyo motivo único alega que ha sido vulnerada la institución catalana de la autotutela consagrada en el artículo 172 de Código de familia, por haberse nombrado tutor de la incapacitada al Sr. S., en contra de la voluntad de aquélla, la cual había deferido su tutela en la escritura pública mencionada de 25 enero de 1999, a su hijo Sr. P., y no al Sr. S., como estableció el auto impugnado, contraviniendo su voluntad.

en el instrumento público en cuestión no se adecue al ordenamiento jurídico cubano. En el propio preámbulo de la Constitución de la República sustentado en una célebre frase martiana, se resalta el logro en nuestro sistema social de la dignidad plena del hombre, y luego en el artículo 9 a) se regula que el Estado cubano garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad. Y qué es sino la autotutela sino una vía por la cual las personas que puedan situarse en un futuro en un estadio de dependencia en razón de su incapacidad judicial, expresen en un momento en el que la enfermedad no ha avanzado lo suficiente, como para aún tener plenas facultades mentales, su voluntad, a los fines de determinar quién es la persona que desee se haga cargo de sí y de su patrimonio ¿Es que acaso la dignidad a que se refiere la Constitución tiene otra dimensión distinta? ¿No pretende proteger la Constitución los derechos fundamentales del individuo? ¿En qué plano entonces situamos la dignidad de las personas? ¿No es digno que las personas puedan establecer medidas preventivas ante lamentables situaciones en las que puedan incurrir dadas ciertas patologías físicas o mentales? ¿No establece el Código Civil en su artículo 8 el carácter supletorio de sus normas y el propio artículo 2 reenvía a la Constitución como ley suprema para que la interpretación de dichas normas se haga conforme con la Constitución? ¿No es entonces la dignidad uno de los valores que protege la Constitución? ¿Y no es la persona el centro de regulación del Derecho Civil?

Pasando de lo abstracto a lo concreto, si el propio Código de Familia al regular la tutela de los menores de edad en su artículo 145.1 toma en cuenta para la designación de tutor «*la preferencia manifestada por el menor*», si este tuviere más de 7 años, expresada en la comparecencia a que convoca la ley, si bien ello no es vinculante para él. Entonces por qué no tener en cuenta lo manifestado por el incapacitado en escritura previsoría sobre la propia incapacidad, cuando éste a diferencia de aquel, dada su incapacidad, no puede exteriorizar su voluntad en dicha comparecencia. Una aplicación analógica nos permitiría abrir los ojos y echar las vendas por la ventana. No se trata de admitir sin más la autotutela, sino de que hasta tanto operen los anunciados cambios en el orden jurídico familiar, se permita el cauce de la autonomía de la voluntad. No se puede admitir en la propia sentencia el fundamento de un negocio jurídico en la autonomía de la voluntad, como lo hace el tribunal de instancia, y a la vez renegar de él, en la pretensa falta de regulación legal. Que quede claro que una cuestión es que el ordenamiento jurídico no reconozca una figura y otra que la prohíba, o que el negocio por no estar reconocido colisione con el Derecho positivo. Y no acude en su defensa la naturaleza de *ius cogens* de las normas reguladoras de la tutela, pues la escritura pública en la manera en que quedó redactada<sup>53</sup> en nada enfrenta el sistema de autoridad judicial en que se sustenta la tutela en Cuba. Quede claro además que aún las modificaciones que se proponen, a pesar de admitir la figura, la limita tan solo a la *designación* de tutor o de curador, en tanto no se permite, al igual

---

<sup>53</sup> En la propia escritura se expresa en la cláusula PRIMERA y única que: «*el órgano judicial que provea la tutela tome en cuenta su voluntad, en el sentido que sea su nombrada hija su tutora*», ni tan siquiera se emplea el imperativo en el sentido de que *designa* a su hija como tutora, aunque, a fin de cuentas la *designación* tutelar sea la finalidad esencial de la voluntad negocial corporificada en el instrumento público, lo cual se refuerza en el otorgamiento del documento cuando el notario redacta: «*ASI LO DICE Y LO OTORGA la compareciente, a mi presencia, a quien hice las advertencias legales pertinentes y, en especial, la de que con este acto no queda constituida la tutela (...)*». Advertencia legal de vital significado, tratándose de un negocio atípico en nuestro ordenamiento jurídico, a los fines de darle a conocer a la compareciente que con su sola declaración de voluntad no queda *constituida* la tutela, dado el sistema de autoridad judicial que supone el *nombramiento* y la *constitución* de esta institución de guarda y protección de las personas y del patrimonio en sede judicial.

que en el sistema francés, desviar el contenido de la tutela, previamente fijado en las normas del Código de Familia, con un hermético control judicial<sup>54</sup>.

---

#### 4.4.1 El pretendido incumplimiento por el documento notarial de los «requisitos procedimentales» establecidos en el artículo 295 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico

---

También yerra el tribunal *a quo*, a mi juicio, cuando en el 4º considerando *in fine* de su sentencia, niega eficacia a la escritura de referencia, ya que «*de acuerdo a su contenido, no cumple con los requisitos procedimentales establecidos en la Ley adjetiva para tener la fuerza legal que pretende en correspondencia con la letra del artículo doscientos noventa y cinco de donde se colige que el documento que analizamos no puede ser considerado como otorgado por un tercero, ya que su otorgante es más que eso pues, sobre ella gira la litis del proceso, al ser la delación de su tutela la pretensión concreta del mismo*».

El artículo 295 de la LPCALE se incardina en la eficacia de la prueba documental, concretamente de los documentos públicos, pero su aplicación al caso es totalmente impropcedente. La señora M.N.N.F. fue la compareciente en la escritura pública de estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad, de ella dio el notario juicio de identidad y juicio de capacidad, su declaración de voluntad negocial contenida en el instrumento tiene que apreciarla el tribunal, por estar volcada en un instrumento público notarial, al amparo del artículo 294 de la LPCALE, pero nunca conforme con el precepto siguiente del mismo texto legal. Debe tenerse en cuenta la distinción entre parte en sentido instrumental que es quien comparece por sí o por representación al instrumento público (*vid.* art. 25 de la Ley de las Notarías Estatales) y partes en el proceso que son los contendientes judiciales, o sea, los titulares de los intereses materiales o sustantivos en conflicto (*vid.* arts. 63 al 77 de la LPCALE), las cuales pueden comparecer en el proceso civil, por sí, o a través de representación letrada (al exigirse como requerimiento de la postulación procesal), cuando lo hacen por sí, deben estar dirigidas por un abogado a menos que la ley lo exima (*vid.* art. 66 de la LPCALE). La señora M.N.N.F., por supuesto que no es parte en un proceso de tutela contenciosa, en el que se debate entre dos hijos con *vocación* tutelar, la *designación* y *nombramiento* del cargo de tutor, precisamente de ella, que está judicialmente incapacitada, de ahí que coincida con el razonamiento judicial, lo cual resulta lógico y racional, pues no puede atribuirse a ella el carácter de tercero en un instrumento en el que es la exclusiva parte formal y material, es decir, compareciente del instrumento y autora del negocio corporificado en él, con la eficacia, eso sí, que el artículo 294 de la LPCALE la atribuye, pero de ahí a afirmar

---

<sup>54</sup> La última versión del Anteproyecto de Código de Familia (de 21 de mayo del 2008) permite tanto la *designación* de tutor o de curador por el propio sujeto que a la postre sería sometido a una u otra institución de guarda y protección. Pero solo a ello. Se admite tanto la variante positiva como la negativa, pero no más. El ejercicio de la tutela queda bajo el control judicial. Según PEREÑA VICENTE, M., «Autotutela y mandato...», *cit.*, p. 2247, «el legislador francés, más contenido, limita la facultad a la designación de tutor o curador. No creemos que pueda extenderse a otras cuestiones, porque el legislador ha pretendido separar nítidamente el ámbito de la representación legal y de la voluntaria, lo que, desde luego, contribuye a una mayor seguridad jurídica. Es decir, en el *Code*, la autonomía de la voluntad permite la designación de tutor o curador pero no permite que se altere su régimen jurídico, que es de carácter imperativo»



que «no cumple con los requisitos procedimentales establecidos en la Ley adjetiva para tener la fuerza legal que pretende en correspondencia con la letra del artículo doscientos noventa y cinco» ¿A qué requisitos procedimentales se refiere el tribunal? ¿Es que acaso se demostró durante la sustanciación del proceso una falta de autenticidad, o de legitimidad de la copia del instrumento público notarial aportado al proceso, con independencia de la impugnación que a tales efectos haya hecho la parte que se sienta afectada por la declaración de voluntad negocial contenida en el documento? ¿Quién ha invocado la apreciación de la eficacia documental al amparo del artículo 295 de la LPCALE? Los terceros a los que alude el legislador procesal en el citado artículo 295 son quienes concurren al instrumento en condición distinta a la del compareciente, como pueden ser testigos, peritos, intérpretes (*vid.* art. 29 de la LNE y arts. 54 al 57 de su Reglamento) quienes pueden verter en el instrumento declaraciones que carecen de la eficacia privilegiada (plena dice el legislador) de la que está dotada las declaraciones entre las partes que intervienen en el instrumento (ya por sí o por representación)<sup>55</sup>, al parecer obviada por el tribunal a *quo*.

---

#### 4.5 LATESIS SUSTENTADA EN LA SENTENCIA DE APELACIÓN, OBJETO DE COMENTARIO: ¿ACASO LUZ VERDE A LA DELACIÓN VOLUNTARIA DE LATUTELA POR LA PROPIA INCAPACITADA? LUCES, MÁS QUE SOMBRAS DE ESTE FALLO JUDICIAL

---

En dos pilares cruciales se sustenta la apreciación judicial de la eficacia de la escritura de estipulaciones sobre la propia incapacidad por el tribunal *ad quem*, a saber: La libertad de la persona como derecho inherente de la personalidad y como derivación cardinal de ella, la autonomía de la voluntad. De ahí que se sostenga: «... *desvirtuar la trascendencia en la resolución del asunto de estas manifestaciones (se refiere a las estipulaciones previsorias) equivale a una violación del derecho inherente a la personalidad de la libertad individual (...)*»

El verdadero concepto de autonomía supone la libertad del particular de reglar sus propios asuntos e intereses, de ejercitar los derechos subjetivos de que está investido, de concertar o no los disímiles negocios jurídicos que puede protagonizar. La autonomía privada no es sólo la inmunidad del particular, sino también el poder del individuo de autodeterminarse, incidiendo sobre la realidad física y económica, con la inmediatez, propia de la actividad humana, incidiendo también sobre la realidad jurídica, lo que significa la creación de derechos y obligaciones garantizados y sancionados *ex lege*<sup>56</sup>.

Autores como Díez-PICAZO y GULLÓN le conceden significación especial cuando se refiere a la persona, identificándola con el nombre de autonomía privada y conceptuándola como «el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto», «el poder de gobierno de la propia esfera jurídica», «un poder de la persona como realidad eminente»<sup>57</sup>. Otros como DE CASTRO la conceptúan como «el poder complejo reco-

---

<sup>55</sup> La declaración del representante le afecta o beneficia al representado, como efecto mismo del acto representativo que concluye.

<sup>56</sup> En este sentido, RESCIGNO, *cit. pos* ALPA Guido, *Istituzioni di Diritto Privato*, s. ed., UTET, Torino, 1994, p. 42.

<sup>57</sup> *Vid.* Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen I – *Introducción – Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8.ª edición, Tecnos, Madrid, 1993, p. 371.

nocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, 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»<sup>58</sup>, es decir, DE CASTRO la entiende como poder de auto-determinación de la persona. El sentido del término se amplía así hasta comprender todo el espacio de la autarquía personal.

Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser también definida «(...) como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades sea dentro del espacio 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»<sup>59</sup>.

Según expresa el maestro DE CASTRO, dentro de la autonomía privada en sentido amplio, se pueden distinguir dos vías de expresión: «el poder atribuido a la voluntad respecto de 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, los que se han concretado en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto (autonomía de la voluntad) referida a la esfera del negocio jurídico. La segunda, concretada en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos».

«La esfera de la autonomía privada en sentido amplio (libertad), en su contraste con la heteronomía (subordinación) ofrece puntos y principios comunes, tanto del lado de la persona (capacidad, legitimación, responsabilidad), como desde el de las reglas imperativas que controlan o limitan sus poderes»<sup>60</sup>.

La autonomía de la voluntad es la médula del negocio y es el poder de la persona para dictar reglas y dárselas a sí mismo. El término que califica a la voluntad autónoma es la libertad. La autonomía supone, pues, fundamentalmente libertad<sup>61</sup>.

La palabra libertad significa libertad natural que tiene la persona de obrar de una manera o de otra o bien de no obrar por lo que será responsable de sus actos. Es quizás este vocablo el que tiene una mayor resonancia en lo más íntimo del ser humano, ya que es ella la que verdaderamente determina la razón de la existencia del hombre. Si la persona, no es o no se siente libre, su vida no será plena, será sólo un pasar por el mundo, sin sentir ese hálito interior que le mueve hacia su propia perfección y es precisamente la autonomía de la voluntad la manifestación más clara y rotunda del término libertad, es en ese modo donde esa palabra adquiere toda la dimensión humana y la que justifica la auténtica sustantividad de la persona.

Precisamente en ello tiene el asidero los actos de autoprotección, en la facultad de la persona de prever medidas protectoras de su persona o bienes para un momento en que ello no lo puede hacer *per se*<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 12.

<sup>59</sup> RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Disposiciones y estipulaciones...», *cit.*, p. 195.

<sup>60</sup> DE CASTRO, F., *El negocio...*, *cit.*, p. 13.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>62</sup> Así se argumenta en la sentencia de 12 de mayo del 2003, número 14/2003, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sección 4.ª, ya citada, cuando en su Fundamento de Derecho 4.º, con apoyo en la Exposición de Motivos del Código de Familia de Cataluña, hace descansar en la libertad y como expresión de ella la autonomía

En definitiva ¿Qué eficacia le atribuyó el tribunal a la escritura pública? La agudeza intelectual de un juez se pone a prueba en asuntos de esta naturaleza. No creo que el fallo contenga luz verde a la autotutela, ello sería ir contra un valladar inexpugnable. El sistema de tutela de autoridad judicial regulado en el vigente Código de Familia impide una *delación* enteramente voluntaria de la tutela, que lleve a la *designación* del tutor y a su *nombramiento* cautelar, de modo que el tribunal actúe por vía de excepción y al solo fin de *constituir* una tutela, cuando haya un cambio importante de las circunstancias (variante *iusfamiliar* de la *rebus sic stantibus*), o en los casos en que se impugne la *delación*, ahora sí, puramente voluntaria. El control judicial sobre la tutela sigue siendo, y al parecer será, principio informante de la tutela<sup>63</sup>, pero el fallo judicial abre un horizonte en el que ya se vislumbra el ejercicio de la autonomía de la voluntad en sede tutelar. El recurso a la posibilidad de admitir lo que no está expresamente prohibido<sup>64</sup>, el sustento, pocas veces aludido en nuestras sentencias, de la libertad de la persona como derecho inherente de la personalidad, son indicios más que palpables de lo que pudiera ser en un futuro, más inmediato que mediato, la regulación de esta novedosa figura jurídica. Para el tribunal *ad quem* la escritura pública de estipulaciones previsorias de la propia incapacidad es la expresión indubitada (dada la autorización notarial del documento) de la voluntad de la incapacitada, su voz y su mente, algo lejanas en el tiempo, por la que manifestaba la preferencia por uno de sus hijos, lo cual en nada favorecía al otro (en el caso, el recurrente)<sup>65</sup>. Eso sí, no creo que en la escritura pública la compareciente haya expresado solo deseos, meros propósitos, o una declaración de afectos, si hubiera sido así, se hubiera volcado en un acta notarial.

La señora M.N.T.N. sí que *designó* su tutora, *designación* que requiere la homologación judicial, esto es, el *nombramiento* mismo de la tutora y su posterior *constitución*. La hija designada L.M.T.N. tenía *vocación* tutelar, más no *delación*. Esa *vocación* no era en absoluto vinculante para el tribunal, pero fue advertida por el tribunal

---

de la voluntad, la figura de la autotutela, una de las manifestaciones más elocuentes de los actos de autoprotectivos: «El respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad individual, han sido consustanciales en el derecho civil de Cataluña. Como recuerda la exposición de motivos del actual Código de familia (en su apartado II) el derecho catalán ha considerado siempre la familia la institución social básica y la primera célula de la sociedad; pero también que el vigor que nuestro derecho ha conferido la institución familiar y el sentido proteccionista que impera han sido siempre compatibles ‘con el reconocimiento de la personalidad individual y con la máxima libertad de las personas que en ella forman parte’; y por esta razón de respeto a la máxima libertad la Exposición de Motivos mencionada también dice que:

«en este mismo marco del respeto de la autonomía de la voluntad puede incardinarse la institución de la autotutela, según la cual cualquier persona con plena capacidad de obrar puede designar y establecer las condiciones de su organismo tutelar, en previsión de una futura declaración de incapacitado».

<sup>63</sup> Tal y como aparece concebida su regulación en la última versión del Anteproyecto de Código de Familia.

<sup>64</sup> Ya en la VI Jornada Nacional del Notariado Cubano, a que he hecho referencia, se había arribado a la conclusión de que “En el ordenamiento jurídico cubano no existe regulación de la autotutela, de lo cual no debe desprenderse una prohibición sino que debe asumirse una postura permisiva, si bien se destaca su necesidad de reglamentación expresa”.

<sup>65</sup> En la ya citada sentencia de 14 de noviembre del 2007, número 407/2007, de la Audiencia Provincial de La Coruña, en su Fundamento de Derecho 2.º se adujo: «... podría darse eficacia a la voluntad demostrada por el incapaz cuando aún no lo era, como pauta interpretativa de que él mismo consideraba como solución más beneficiosa para él en caso de incapacidad, la existencia de un tutor ajeno a los conflictos personales, sentimentales y económicos de las personas más vinculadas a él por lazos afectivos o familiares». En el caso, el incapacitado había nombrado tutor de su persona y bienes, en escritura de autotutela, a un tercero ajeno a sus hijos y a su compañera de hecho, «elección que hizo el incapaz en previsión de la situación que podía tener lugar ante la evolución de su enfermedad, (...) clara en el sentido de hacerlo a favor de una tercera persona que conocía por su relación profesional, y en quien confiaba más».

*ad quem*<sup>66</sup>. De ahí la clave del éxito contenida en esta resolución judicial. A pesar de que en el considerando 3.º *in fine*, el tribunal aduce que «...no se trata de supuesto de disposición de autotutela que en efecto vulneraría la esencia de la designación judicial de la tutela que implementa la legislación familiar cubana por cuanto no se designa a nadie en el cargo por la incapacitada (...)», no deja de ser trascendente el razonamiento que antecede a este último, cuando al calibrar la verdadera eficacia del negocio contenido en la escritura pública, se concluye que es «... ello prueba indubitada de su voluntad excluyente de la protección del recurrente y **la que con especial atención valora esta Sala, que a diferencia de lo considerado por los juzgadores de primera instancia, advertimos la relevancia de la existencia de estas estipulaciones, cuyo desconocimiento equivaldría a desconocer los recios efectos de la declaración judicial de incapacidad, impeditiva sin excepción alguna, de actuación jurídica directa en lo sucesivo del incapacitado, causante de la necesidad de designación tutelar en cuyo caso habrá de atender el juez a la presuntiva protección de los intereses de la persona a proteger, sin que cuente para ello con (...) el parecer del tutelado, deviniendo relevante, en consecuencia, la existencia de referencia directa al respecto como ocurre en el presente caso (...)**».

Reitero, no fue vinculante para el tribunal, pero el propio tribunal reconoce que la copia de la escritura pública aportada como medio de prueba al proceso se valora, en palabra de la juez ponente, con «especial atención», de manera que, y aunque esto no lo dice en modo alguno la sentencia, la ausencia de intereses antagónicos entre el señor H.I.T.N. y su madre, pudiera no haberle favorecido tampoco en su *designación* y *nombramiento* como tutor, pues vencido este escollo, si lo hubiere logrado, tenía otro quizás más difícil de superar, valorado con especial esmero por el tribunal *ad quem*: la declaración negocial de voluntad en la que se *designa* tutor por la propia incapacitada.

---

## 5. A MODO DE EPÍTOME

---

Parafraseando al maestro DE CASTRO, ninguna libertad se gana sin trabajo, ni se mantiene sin lucha. Resulta ella de un equilibrio entre tensiones o fuerzas contrarias. La defensa por el Estado de la autonomía privada, supone ya la intervención de aquél: El que la califique, defina y limite. Actuación moderadora o armonizadora de las libertades individuales, que la fuerza expansiva de la administración de justicia, el ansia

---

<sup>66</sup> Incluso en ordenamientos jurídicos en los que se admite la *designación* de tutor por el propio incapacitado, como el español, al amparo de las normas del Derecho común, podría el juez, siempre que lo sustente en la sentencia, apartarse de lo dispuesto en la escritura pública por el propio incapacitado, si bien como he reiterado, ello es excepción, no regla. Así, en la también ya varias veces citada sentencia de 14 de noviembre del 2007 de la Audiencia Provincial de La Coruña, en el 3º de los Fundamentos de Derecho se razona de este modo, por lo que a pesar de que el incapacitado había *designado* como tutor de su persona y bienes en escritura pública de autotutela a un tercero ajeno a su familiar nuclear, se consideró que aun cuando «el Sr. M. A. debería ser el tutor de la persona y de los bienes salvo que existan circunstancias excepcionales que aconsejen otra cosa (...) en este caso concurren, pues el Sr. M. A., no guarda una relación de tipo personal de semejante intimidad, confianza y duración con el Sr. V., como para tenerlo en su casa y cuidar de él, como es necesario dada su enfermedad», en consecuencia, ante la impugnación sustentada por los hijos y compañera de hecho en razón del cargo tutelar, se *designó* judicialmente a esta última como su tutora en relación con su persona, y al tutor *designado* voluntariamente por el propio incapacitado como tutor para administrar sus bienes.

perfeccionista del legislador, le impulsará constantemente a ensanchar a costa de la misma autonomía que pretende proteger<sup>67</sup>.

Una de las aspiraciones naturales de la persona, como ser social, consiste en ver reconocido un espacio para el libre y autónomo ejercicio de su voluntad, en el que pueda desarrollar su iniciativa creadora con eficacia jurídica; por lo que sólo un ordenamiento jurídico que reserve con verdadera suficiencia dicho espacio de libre acción, y no lo ponga repetidamente en entredicho o riesgo, será capaz de engendrar plena seguridad jurídica. Apostemos entonces por ello, y abramos el cauce que en el ámbito del Derecho de Familia merece la posibilidad de que la persona señale y labre su propio destino. Nadie mejor que nosotros mismos para saber qué queremos cuando llegue el momento en que se apague la luz de nuestro entendimiento.

---

## BIBLIOGRAFÍA:

### I. FUENTES DOCTRINALES:

---

ALFONSO FRAGA, Juan Carlos, «Situación demográfica. Tendencias actuales», en *Estructura económica de Cuba*, tomo I, Alfonso Casanovas Montero (coordinador), 1.ª reimpresión de la 1.ª edición, Félix Varela, La Habana, 2006.

ALPA Guido, *Istituzioni di Diritto Privato*, s. ed., UTET, Torino, 1994.

ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, «Evolución del concepto de la curatela. Discapacidad y curatela», en *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo*, Aída Kemelmejer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Ed. Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006.

ANTOLLINI, María Eugenia, María Guillermina KREBS, Mariela B. LEDESMA, «Actos de autoprotección», en *La Ley*, número 407, Buenos Aires, abril 2006.

ARCE FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín, «La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas (La tutela del siglo XXI)», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Thomson, Civitas, Madrid, 2003.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «El «apoderamiento o mandato preventivo» como medida de protección de las personas mayores», Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, número 78. [Fecha de publicación: 17/01/2008], en <<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>>, consultada el 1 de enero del 2009.

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, «El poder preventivo: ¿un acercamiento al sistema de tutela de familia?», en *El Derecho*, EDB 2005/83343.

CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, 2.ª edición, aumentada y puesta al día, Porrúa, México, 2008.

CARNELUTTI, Francisco, «La figura jurídica del notariado», en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Editorial Reus, Madrid, 1954.

---

<sup>67</sup> DE CASTRO, F., *El negocio...*, cit., p. 17.

- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- DÍAZ ALABART, Silvia (directora), *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad)*, Ibermutuamur, Madrid, 2004.
- DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa, «La tutela: posibilidad de una mayor intervención notarial», *Tesis en opción al título de especialista en Derecho Notarial*, bajo la dirección del MsC. Lázaro J. Corzo González, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007.
- DI CAGNO, Vittorio, «El papel social y humano del notario latino», en *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, año XI, número 11, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen I – *Introducción – Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8.ª edición, Tecnos, Madrid, 1993.
- FÁBREGAS RUIZ, Cristóbal Francisco, «Dos aspectos en evolución del Derecho de Familia: la protección del discapacitado y la nueva regulación procesal de las uniones paramatrimoniales», en <http://www.fgr.cu/Legislacion/Estudios%20Juridicos%20Espa%F1a/FISCALES/FISCAL53.pdf>, consultada el 1 de enero del 2009.
- JIMÉNEZ SALINAS, Juan Carlos, «La autotutela como una forma de protección a la dependencia», en <http://www.ceoma.org/vicongreso/comunicaciones/08.doc>, consultado el 14 de octubre del 2008.
- JORDANO BAREA, Juan B., *El Testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?», en *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo*, Aída Kemelmejer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Ed. Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006.
- LETE DEL RÍO, José Manuel, «Comentarios al artículo 223 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo IV, Revista de Derecho Privado, EDESA, Madrid, 1985.
- MORENO NÁPOLES, Raúl Jesús, «Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: La autotutela», *Tesis en opción al título de especialista en Derecho Notarial*, bajo la dirección de la Dra. Caridad del C. Valdés Díaz, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007.
- PERAL COLLADO, Daniel A., *Derecho de Familia*, 1ra reimp., Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1984.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat, «La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?», en *La Ley*, año XXVIII, número 6665, 6 de marzo de 2007, «Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y Registral*, número 703, 2007.
- «El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXI, número 2040, 1.º de julio de 2007; *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2008.

- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coordinador) *et al.*, *Derecho de Sucesiones*, tomos I y II, 1.ª edición, Félix Varela, La Habana, 2004
- «La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*», en *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo*, Aída Kemelmejer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Ed. Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006 y en *Protección jurídico patrimonial a las personas con discapacidad*, José Pérez de Vargas Muñoz, coordinador, Universidad Rey Juan Carlos-La Ley, Madrid, 2006
  - «Intereses espurios y declaración judicial de incapacidad. A propósito de la Sentencia número 34 de 31 de enero del 2007 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (España), año LXI, número 2042, de 1 de agosto del 2007 y en *Revista de Derecho de Familia*, septiembre-octubre 2007-III, Lexis-Nexis Abeledo Perrot
  - «El Notario: función de autoridad pública», conferencia pronunciada en el VIII Congreso de los Notarios Públicos de Rumanía, celebrado en Sinaia, Rumanía, del 19 al 22 de noviembre del 2008 (inérita).
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José, «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, diciembre de 2001.
- RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén: «Fundamentos teóricos de la tutela plural y voluntaria», en *Revista de Derecho Notarial*, Asociación Nacional del Notariado mexicano, número 117, tomo I, año XLIII, noviembre del 2002
- «Fundamentos Teóricos y Prácticos de la Autotutela», en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año IV, no. 11, México, mayo-agosto de 2005, <http://www.info.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr4.pdf>, consultado el día 24 de junio de 2007
  - *Relatoría de la VI Jornada Nacional de la Sociedad del Notariado Cubano*, Holguín, 8 y 9 de febrero del 2007.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo I, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 1997
- «Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad», en *Ponencias presentadas por el Notariado español, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, México, 1998*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1998.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen: «Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana», en *Nuevos Perfiles del Derecho de Familia, Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo*, Aída Kemelmejer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Ed. Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- VINADER CARRACEDO, Javier, «Actuación del notario en el Derecho de Familia. Visión desde el Derecho español», en *Derecho Notarial*, tomo III, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2008.

---

## II. FUENTES LEGALES:

---

- Constitución de la República de Cuba, reformada en 1992 y en el 2002, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, número 7, de 1.º de agosto de 1992, última modificación, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, número 3, de 31 de enero de 2003.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Código Civil de la República de Cuba*, Ley número 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado), Ediciones ONBC, La Habana, 2007.
- Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 24.ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- Código de Familia de la República de Cuba*, Ley número 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley número 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1.ª reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto-Ley número 241/2006 de 26 de septiembre en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, número 33, de 27 de septiembre del 2006.
- Ley número 51/1985 de 15 de julio, *Del Registro del Estado Civil*, publicación del MINJUS, La Habana, 1998 y su *Reglamento* contenido en la Resolución número 157/1985 de 25 de diciembre del Ministro de Justicia, publicación del MINJUS, La Habana, 1998.
- Ley número 50/1984 de 28 de diciembre, *De las Notarías Estatales*, editada por el MINJUS, mayo de 1986 y su *Reglamento*, contenido en la Resolución número 70/1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia.
- Ley número 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial a las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, en *Boletín Oficial del Estado*, número 277, de 18 de noviembre del 2003, Ley número 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en *Boletín Oficial del Estado*, número 289, de 3 de diciembre del 2003.