

El envejecimiento: un fenómeno demográfico con repercusión jurídica

Aging: a demographic phenomenon with legal repercussions

Teresa Delgado Vergara*

Joanna Pereira Pérez**

ARTÍCULO ORIGINAL | Recibido: 20 de mayo de 2017
Aceptado: 5 de octubre de 2017

Resumen

En el presente artículo se realiza un abordaje en torno al envejecimiento y la ancianidad, con énfasis en su arista jurídica. Como punto de partida se efectúan precisiones conceptuales en torno a la vulnerabilidad, la discapacidad y la dependencia, para *a posteriori* enlazar dichos conceptos con el de ancianidad. Se explican los principios que deben informar la protección de las personas dependientes y su proyección normativa en Cuba. El estudio se complementa con el análisis de las medidas de aseguramiento de estos derechos, específicamente las medidas públicas y políticas sociales. Finalmente se exponen y analizan críticamente las medidas privadas que emanan del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas de la tercera edad, así como su posible implementación ante el envejecimiento poblacional en Cuba.

Palabras clave

Ancianidad, autonomía de la voluntad, derecho de autoprotección, envejecimiento, protección jurídica.

Abstract

In the present article, an approach is made around aging and old age, with an emphasis on its legal edge. As a starting point, conceptual precisions are made around vulnerability, disability and dependence, to later link those concepts with that of old age. It explains the principles that should inform the protection of dependents and their normative projection in Cuba. The study is complemented by the analysis of measures to ensure these rights, specifically public measures and social policies. Finally, the private measures emanating from the exercise of the autonomy of the will of the elderly are critically exposed and analyzed, as well as their possible implementation in the face of the aging of the population in Cuba.

Keywords

Aging, old age, legal protection, right of self-protection, autonomy of the will.

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Máster en Derecho Privado, Universidad de Valencia, España. Presidenta de la Comisión Nacional de la Carrera de Derecho. Catedrática de la Academia Notarial Americana. Secretaria de la Sociedad del Notariado cubano. Becaria Postdoctoral en la Universidad de Nanterre, Paris X. Miembro del Tribunal permanente de Ciencias Jurídicas para Grados científicos de Doctores de la República de Cuba. Notaria en ejercicio. tere@lex.uh.cu

** Licenciada en Derecho por la Universidad de La Habana. Máster en Bioética por el Centro de Estudios de Bienestar y Salud Humanos de la propia universidad. Profesora de Derecho Civil Parte General y Derecho de Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Actualmente cursa el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid por una beca completa de la Fundación Carolina. Notaria en ejercicio. joanna@lex.uh.cu

Introducción

La ancianidad, su repercusión jurídica

La persona, centro del Derecho, sufre a largo de su existencia mutaciones que tienen consecuencias en su ámbito relacional. Así vemos cómo la más natural y estudiada es el arribo a una edad que implica que el Derecho le reconozca plena capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, aptitud que le es innata pero que no puede ejercer hasta el día en que la norma así lo permite. Pero el Derecho, en su evolución constante, ha sido capaz de percibir la riqueza de la conciencia y actitud humanas, de la variedad de situaciones y seres que conforman el entramado social y va matizando sus tradicionales instituciones con otras nuevas o con las ancestrales modificadas, no solo en sus denominaciones sino en su propia naturaleza y contenido.

Así, hoy los términos capacidad e incapacidad coexisten con los de capacidad progresiva, discapacidad e incapacitación, la patria potestad cede su esencia y se la identifica como responsabilidad parental, y el tradicional sistema de sustitución en la toma de decisiones de las personas transita a un modelo sustentado en los apoyos, respetando así la voluntad y preferencias de los sujetos, entre otros múltiples institutos del Derecho de personas y del Derecho familiar principalmente, que ante los cambios sociales y la evolución del pensamiento, han de reinventarse para dar verdadera respuesta a las necesidades del ser.

Envejecer siempre fue considerado signo de sabiduría y objeto de respeto. De modo tal que en las antiguas civilizaciones vemos cómo eran los ancianos aquellos que ostentaban las máximas responsabilidades en la toma de decisiones trascendentes a la comunidad. Harto conocido es que el vocablo Senado tiene su sentido etimológico en su composición por personas que ya se hallaban en lo que en esa época se consideraba la senectud.

Sin embargo, por tratarse de una etapa de la vida en la que las transformaciones propias de ella pueden implicar pérdida de capacidades (físicas y mentales) y, en consecuencia, repercutir en sus relaciones sociales y posibilidades de autogobierno, se trata de un momento de la vida en el cual el Derecho ha de intervenir, acentuando su carácter tuitivo con peculiaridades; toda vez que es más

delicado tratar lo que pudiera llamarse una discapacidad progresiva que la gradual capacidad propia de la evolución del ser humano de la niñez a la adultez.¹

Se entiende el envejecimiento como aquel proceso natural, universal, dinámico, continuo e irreversible a través del tiempo, caracterizado por expresar externamente una secuencia de cambios y transformaciones internas como resultado de la interrelación entre factores intrínsecos (genéticos) y extrínsecos (ambientales), los cuales pueden comportarse como protectores o agresores (factores de riesgo) a lo largo de la vida. A los efectos estadísticos en algunos casos se toma la vejez a partir de los 65 años (edad de jubilación para la población económicamente activa). La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha establecido 75, el límite se irá extendiendo a medida que aumente la longevidad de la persona, en gran parte, gracias a los progresos de la ciencia (Davobe, 2000; citado por Kemelmajer, 2006).

En los últimos años, dada la creciente manifestación del fenómeno a escala global, en torno al envejecimiento poblacional se ha desarrollado el debate científico y político acerca de las consecuencias que para las naciones genera este fenómeno, a fin de tomar decisiones que permitan planificar y redistribuir los recursos en función de asumirlo.

Cuba es uno de los países más envejecidos de América Latina y para el 2025 se estima que más del 25% de su población rebasa los 60 años de edad. Ello evidencia que los problemas asociados a

¹ También los niños pueden considerarse personas dependientes y vulnerables, pero el discurso jurídico es diferente, toda vez que las características de esta etapa de la vida, en la que aún no se ha alcanzado la capacidad de obrar, por causas naturales conllevan el tratamiento jurídico tradicional para la minoridad e incapacidad, lo cual no constituye el objeto de estas reflexiones, al ser el caso muy diferente al de aquellos sujetos que precisamente por rebasar con creces la mayoría de edad, pueden devenir en una pérdida parcial o total de sus capacidades, peculiaridad que amerita un tratamiento diferente por el Derecho. Caso diverso es el de los niños con discapacidad, el cual requeriría un análisis especial por constituir un tema sensible en el que convergen disímiles cuestiones de relevancia jurídica.

la longevidad deben constituir motivo de atención en nuestro país, y que será necesario incrementar el número de hogares de ancianos, casas de abuelos y los hogares (mal llamados) de impedidos físicos que hay en el territorio nacional.

Dos hechos que han de catalogarse como socialmente exitosos inciden en esta tendencia. De una parte, la disminución de las tasas de fecundidad, asociada al empoderamiento femenino y el papel *in crescendo* de las mujeres en las esferas laborales y dirigentes de la sociedad, que las lleva a retrasar la edad de embarazarse y en todo caso a disminuir el número de hijos, con la consiguiente afectación a la tasa de reemplazo. Por otro lado, la elevación de la esperanza de vida que evidencia logros en el sector de la salud y de las investigaciones médicas.

Durante la senectud se agudizan las probabilidades de ser considerado persona con discapacidad, aunque, así como se acentúan otras dificultades en el ámbito familiar y social, en lo que respecta a sus ingresos económicos, más bajos que en anteriores etapas de su vida, lo cual trae consigo que disminuya su apoyo a la economía familiar, más bien requieren de apoyo ya sea cuando conviven con otros miembros de la familia o más aún cuando residen solos o en compañía de otro(s) anciano(s).

Por otro lado, y aquí ya se va esbozando la intervención del Derecho, se encuentra la toma de decisiones acerca de su patrimonio, su salud y otras cuestiones relacionadas con su presente y su futuro; momentos en los cuales pueden ser excluidos y considerados ineptos para decidir por miembros más jóvenes de la familia y otros actores de la sociedad en general, debido a las barreras actitudinales que quizás hoy son las más frecuentes y a nuestro juicio las más peligrosas.

En tal sentido, la vulnerabilidad de la que son portadores ha de verse desde la óptica de la prevención. Lo que es vulnerable no es forzosamente vulnerado. La función del Derecho no es únicamente la de dar respuesta a la lesión sino la de prevenir, mediante un sistema tuitivo coherente, que aquellos que ya han sido detectados como vulnerables puedan ser dañados.

Y es aquí donde los Estados deben entenderlo no como “un desastre a punto de suceder”, sino como “nuevas oportunidades de encontrar cami-

nos para continuar viviendo juntos y prosperar” (Asghar, 2008, p. 1).

Por todo lo anterior es que nos trazamos como **objetivo**: Analizar el fenómeno demográfico del envejecimiento en Cuba y sus principales consecuencias personales, sociales y jurídicas, en relación con la pérdida de facultades y su incidencia en la capacidad de obrar. Ello nos permitirá fundamentar teóricamente las bases legislativas, en virtud de las cuales se efectúen modificaciones a la normativa civil y familiar vigentes en Cuba, que propicien la viabilidad práctica de los derechos de la población envejecida y de esta forma se reafirmen valores esenciales como la igualdad, la no discriminación, la libertad y dignidad de las personas de la tercera edad.

Métodos y datos

Nuestra investigación se desarrollará a través de un estudio de tipo exploratorio, descriptivo y transversal, ya que el tema que se propone ha sido poco estudiado desde la perspectiva que se propone. Desde un enfoque cualitativo y en relación con el tipo de estudio, la recolección de la información tiene como fin la obtención de datos suficientes para alcanzar nuestro objetivo principal y generar conocimiento en relación con las repercusiones jurídicas del fenómeno demográfico del envejecimiento. Para que esta información cuente con la calidad requerida consultamos diversas fuentes de datos, combinando materias (demografía, derecho, psicología, medicina) y enfoques, lo cual le brinda un valor agregado al trabajo que proponemos.

Resultados y discusión

Breves precisiones conceptuales sobre la vulnerabilidad, la discapacidad y la dependencia

La ciencia jurídica, que tradicionalmente ha distinguido entre dos conceptos: la incapacidad y la capacidad, siendo esta última la regla y no la excepción, ha comenzado a preocuparse por la matización de dichas situaciones, teniendo en cuenta que la dialéctica de la vida muestra cómo el Dere-

cho debe considerar las realidades de otros sujetos cuyas posibilidades transitan entre estos dos extremos, así como por aquellos que dadas determinadas condiciones son vulnerables o dependientes de otros sin llegar a ser por ello incapaces, estando, en consecuencia, impelido el ordenamiento jurídico a ocuparse de ello para una efectiva protección de los sujetos.

Así, se habla en los predios jurídicos cada día con más fuerza, de discapacidad, capacidad progresiva, dependencia, vulnerabilidad.

Semánticamente el vocablo discapacidad está formado por el prefijo *dis* y la palabra *capacidad*, significando el primero separación y la segunda talento, aptitud (Colectivo de autores, 2003).

La discapacidad implica una limitación de la capacidad para la realización normal de una actividad como consecuencia de una enfermedad o accidente que ha provocado una anomalía de las funciones psicológicas, fisiológicas o anatómicas. Esta dificultad coloca a las personas en una situación diferente con respecto al resto de las personas.²

La dependencia es una situación especial que no necesariamente es sinónimo de discapacidad, por lo que conviene distinguirlas. En una primera aproximación al concepto, la dependencia puede entenderse como la situación de una persona que no puede valerse por sí misma y que necesita la ayuda de otras para la movilidad o para la realización de sus actividades cotidianas como el autocuidado o la vida doméstica.

La vulnerabilidad, desde el punto de vista lingüístico, es fragilidad, o sea, son vulnerables aquellas personas que pueden recibir alguna lesión física o moral (Real Academia Española, 2005).

En esta misma línea encontramos la definición que aportan en el ámbito iberoamericano, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, instrumento que a pesar de ser de *soft law* para los Estados que forman parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana, tiene el valor de homogeneizar la consideración de personas en situación de

vulnerabilidad para la región, poniendo la nota clave sobre la dificultad para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.³

Desde otra perspectiva, la vulnerabilidad puede ser entendida en un sentido ontológico, se entiende que abarca el plano de la identidad y el de la pertenencia, y con ellos todo lo relacionado con su propia dignidad, libertad, así como con la tolerancia y la reglas de no discriminación y de convivencia con otros.

Visto así, un estado de dependencia en un sujeto lo convierte, en consecuencia, en una persona vulnerable. Por lo que la vulnerabilidad debe ser entendida en relación con los demás; es decir, y a nuestro juicio, el hecho de depender de otros es lo que hace vulnerable al sujeto. La vulnerabilidad es una consecuencia de la dependencia.

Según Sánchez Carazo y Díaz Huertas el maltrato a las personas mayores puede definirse como "toda acción, omisión o trato negligente, no accidental, que prive a las personas mayores de 65 años de sus derechos y su bienestar, que amenacen y/o vulneren su integridad física, psíquica y social así como el principio de autonomía cuyos autores pueden ser personas, instituciones o la propia sociedad". (Sánchez y Díaz, 2009, p. 15).

Esta definición incluye lo que se hace (*acción*), lo que se deja de hacer (*omisión*), o se realiza de forma inadecuada (*negligencia*), que ocasiona a la persona mayor no solamente un daño físico, psicológico-emocional y social, sino que considerándole persona-objeto de derecho incluye sus *derechos* y su bienestar, y cuyos autores pueden ser las personas (familiares o no) y las instituciones-administraciones (maltrato institucional).

Por ello, la intervención jurídica debe estar dirigida a minimizar las posibilidades de que la vulnerabilidad se convierta en vulneración.

² En Cuba existe un Plan de Acción Nacional para la atención a las personas discapacitadas, en el que se aportan, entre otros, los conceptos de discapacidad, minusvalía y deficiencia. Al respecto véase Colectivo de autores (2003).

³ Regla No.3: Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 2008).

Sin embargo, la visión del envejecimiento desde el prisma de la vulnerabilidad no es unánime. Según apreciaciones de las Naciones Unidas, desde inicios de la década de 1990 se observa un cambio de paradigma en el análisis del envejecimiento, abordándose desde la perspectiva de los derechos humanos. Este enfoque plantea fundamentalmente el imperativo ético y normativo de considerar a las personas de edad no como un grupo vulnerable objeto de protección, sino como titulares de derechos.

En esta misma línea de pensamiento, otro elemento a tener en cuenta es que no todo sujeto dependiente es necesariamente una persona con discapacidad, como tampoco toda persona con discapacidad es dependiente; aunque sí ambos pueden ser vistos como vulnerables y en tal sentido el Estado, mediante las políticas públicas adecuadas y las normativas correspondientes, los dota de una protección que no por ser especial los haga diferentes, sino que tienda precisamente a lograr la igualdad en circunstancias que puedan ser desiguales. El Estado cubano reconoce en la Constitución de la República la igualdad como un principio que se manifiesta en la esfera política, laboral, familiar, entre otras.

La pérdida de autonomía física o intelectual conduce a la necesidad de asistencia, por lo que cabría preguntarse acerca de la posibilidad de ejercicio adecuado de los derechos por parte de los sujetos dependientes con la consiguiente importancia que ello tiene en el orden jurídico. Sin embargo, no debe perderse de vista el hecho de que la asistencia al dependiente es esencialmente en el espacio material y no necesariamente en el jurídico *strictu sensu*. Un sujeto dependiente que no goza de autonomía para realizar sus actividades cotidianas de autocuidado tiene, en principio, capacidad para la realización de actos jurídicos, para emitir su voluntad, a menos que la afectación que lo ha llevado a ese nivel de dependencia lo sea en el ámbito intelectual o psíquico al punto de convertirlo en incapacitado.

No puede establecerse una ecuación en la que dependencia sea igual a discapacidad ni a incapacidad. Es una categoría muy vinculada a ellas pero que merece un tratamiento diferenciado en todas las esferas, especialmente en la jurídica que es la que nos ocupa. Hechas estas precisiones concep-

tuales, válido es aclarar que no nos detendremos en el análisis de los casos de sujetos dependientes incapaces sino en aquellos en que su situación especial de dependencia convoque a un análisis jurídico no inmerso en las reglas generales de la incapacidad ya tratadas con bastante armonía doctrinal.

La ancianidad como situación de dependencia

Tanto los términos discapacidad como dependencia tienen como una de sus notas caracterizadoras la diversidad, pues son muchos y muy variados los tipos y subtipos posibles de discapacidad física y mental, así como las causas de la dependencia y el grado en que pueden presentarse unas y otras.

Esto impide que pueda el Derecho contar con una clasificación o repertorio de casuales de discapacidad o dependencia que le permita la promulgación de normas adecuadas a los casos concretos según las particularidades que estos presenten, y los que es más grave aún, su aplicación y la justeza de las decisiones cuando lo que está en juego es la autonomía y la libertad personal.

La enfermedad física que provoca discapacidad es una de las causas más evidentes de dependencia y vulnerabilidad, y abarca toda la gama de dificultades que puede provocar una patología en el sujeto, a los efectos de su desplazamiento, comunicación y participación plena en igualdad de condiciones con el resto de los sujetos en la sociedad. La persona puede necesitar de una ayuda técnica o de otra persona, entendida la primera como aquellos dispositivos, aparatos y equipos que tienen diferentes grados de complejidad, utilizables por una persona con discapacidad para suplir o complementar sus limitaciones funcionales y lograr el mayor grado posible de independencia o autonomía personal.⁴

Por su parte, la gran diversidad de situaciones que pueden perturbar la esfera intelectual del sujeto, convierte en una tarea titánica la concreción de la discapacidad o dependencia por razones de enfermedad mental. El grado de afectación puede

⁴ Así ha sido definido en el Plan de Acción Nacional para la atención a las personas con discapacidad.

variar tanto como individuos existan y la dependencia adquiere matices peculiares, pues el sujeto en ocasiones puede no tener conciencia clara de la restricción de sus capacidades.

“La salud es un fenómeno dinámico que deriva de la relación –intrínseca y extrínseca– que se establece entre factores de tipo biológicos, psicológicos y sociales; donde dicho fenómeno solo puede aislarse desde el punto de vista teórico para su estudio, toda vez que en la realidad siempre está unido a su par antagónico, la enfermedad” (OMS, 2003; citado por Collazo, Rodríguez y Calero, 2010, p. 7).

Esta vinculación con los factores psicológicos y sociales indica la importancia de una vida relacional idónea para la calidad de vida, y es aquí donde a nuestro juicio se inserta la noción jurídica del fenómeno, pues debe el Derecho erigirse en herramienta idónea para la salvaguarda de las posibilidades de interacción social, en un entorno inclusivo y garantista de los derechos del anciano, quien sigue siendo plena persona.

Principios de la protección a personas dependientes

La Convención Internacional de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Cuba en 2007, reconoce como principios en el artículo 3, los siguientes: respeto a la dignidad, la autonomía individual incluyendo la libertad de tomar decisiones propias y la independencia, no discriminación, participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, respeto por la diferencia y aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, igualdad de oportunidades, accesibilidad e igualdad entre el hombre y la mujer. Estos principios son desarrollados en el resto del articulado. Si bien la Convención se refiere a las personas con discapacidad, y ya se ha visto que no son necesariamente sinónimos este grupo y el grupo de personas mayores vulnerables, pueden considerarse aplicables estos principios a cualquier acción encaminada a proteger al anciano. Téngase en cuenta que las llamadas “Reglas de Brasilia de 2008” consideran en “condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas,

étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.” (Fernández y López, 2009, p. 26). Y por causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad y la discapacidad. Además aclaran que el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

Específicamente en el ámbito de la tercera edad, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó determinados principios a favor de este grupo poblacional mediante la Resolución 46 de 16 de diciembre de 1991. Ellos son:

- Independencia: Implica tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia; oportunidad de trabajar y determinar hasta cuándo; poder residir en su domicilio propio y decidir su lugar de residencia de acuerdo a sus capacidades y preferencias.
- Participación: Propicia la integración a la sociedad, oportunidades de prestar servicio a la comunidad de acuerdo a sus intereses y capacidades y la integración en asociaciones de personas de edad.
- Cuidados: Significa poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad; tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de la enfermedad; tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía y protección; poder disfrutar de sus derechos cuando residan en instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.
- Autorrealización: Permite que las personas ancianas puedan desarrollar sus potencialidades y tener acceso a recursos educativos, culturales y recreativos.
- Dignidad: Confiere el derecho a recibir un trato digno y no ser discriminados por razón de la

edad, el sexo, la procedencia y las condiciones de dependencia en que se hallen.

Estos principios deben informar cualquier normativa o política que se implemente a favor de la ancianidad y tienden a propiciar un envejecimiento activo.

Proyección normativa en Cuba de la protección a la ancianidad⁵

En la cúspide de la pirámide normativa de protección a este sector poblacional en Cuba se encuentra obviamente la Constitución de la República promulgada en 1976 y reformada en 1992 y 2002. Desde el artículo 41, que reconoce la igualdad de todos ante la ley, se está disponiendo que también los ancianos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes en tanto ciudadanos amparados por la Ley de leyes, lo cual entronca con el principio de no discriminación.

La no discriminación como expresión de la realización de la igualdad requiere, además del reconocimiento de la igualdad jurídica, de políticas de inclusión o incorporación, mediante el empleo de fórmulas genéricas, consensuadas, logradas a través de la participación popular directa en la promoción, discusión y aprobación de decisiones políticas o normativas jurídicas; necesita de la aceptación de las diferencias, y del derecho a ser diferente, reclama una educación consecuente con tales valores y principios. No obstante tales presupuestos, existen obstáculos que pueden y de hecho limitan el disfrute de determinados derechos; obstáculos que pueden ser objetivos, de condiciones reales, producto de decisiones, e incluso generadas por no haberse valorado la existencia de los diferentes, por haberse pensado en lo general. (Prieto, Matilla, Pérez Gallardo y Valdés, 2006, p. 66)

Este reconocimiento legal de la igualdad impone al Estado la obligación de proveerla y garantizarla.

⁵ Este epígrafe se dedica solamente a describir las referencias a la ancianidad en las principales normas vigentes en Cuba, sin profundizar en la exégesis de sus preceptos.

la, según el artículo 44 del propio texto constitucional, lo cual implica en todo caso el establecimiento de políticas adecuadas a las condiciones concretas, que, en este caso en particular, pueden llevar a la llamada "discriminación positiva" en tanto no puede tratarse igual lo que es en sí desigual, precisamente para salvaguardar la igualdad pretendida.

El precepto marcado con el número 47 alude abiertamente a la ancianidad al establecer que "el Estado protege, mediante la asistencia social, a los ancianos sin recursos ni amparo y a cualquier persona no apta para trabajar que carezca de familiares en condiciones de prestarle ayuda".

El Código Civil, por su parte, contiene, en una perspectiva sucesoria, interesantes y polémicas disposiciones acerca de los llamados por el legislador cubano "herederos especialmente protegidos", quienes no son más que legitimarios con otro *nomen iuris* y determinadas particularidades en su regulación.

En la sucesión testada son considerados herederos especialmente protegidos los ascendientes, quienes, si bien reciben dicha protección en razón de que concurren los tres requisitos legales referidos a: parentesco, no aptitud para trabajar y dependencia económica del causante, estos dos últimos evidencian la gran posibilidad de que se trate de ancianos o personas con discapacidad, ya que es en ellos en los que con mayor probabilidad se manifiesta la condición de sujeción económica al *de cuius* así como la imposibilidad de vincularse al trabajo.⁶

En la sucesión intestada también se ofrece una especial protección a los padres del causante si estos se hallan inaptos para el trabajo y dependientes económicamente del fallecido, pues se les permite concurrir a la herencia con los descendientes y el cónyuge superviviente en una porción igual a la de estos.⁷

⁶ Artículo 493.1. Son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, los siguientes: a) Los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquellos; b) el cónyuge sobreviviente; y c) los ascendientes. 2. Si concurren a la herencia dos o más herederos especialmente protegidos, heredan por partes iguales.

⁷ Artículo 516. Los padres no aptos para trabajar y que dependían económicamente del causante, concurren con los

El Código de Familia vigente no contiene disposiciones dedicadas especialmente a los ancianos, pero como bien señala Mesa Castillo "Cuba no renuncia a la naturaleza social del Derecho de familia" (Mesa, 2009, p. 647) y, en consecuencia, el Proyecto del nuevo Código de Familia incorpora un título especial para la asistencia a personas adultas mayores⁸ y otro para personas discapacitadas, en franca distinción entre ambas situaciones, con lo cual se reconoce que la vulnerabilidad del anciano no es necesariamente producto de una discapacidad sino por el solo hecho de la edad, la cual no es precisada en esta pretensa norma a los efectos de dilucidar quién puede ser considerado adulto mayor. Aunque el consenso internacional indica que es adulto mayor la persona mayor de 65 años, se ha tenido en cuenta en el Proyecto la idea de no enmarcarla en un determinado límite de edad, teniendo en cuenta que esta condición es más bien por el grado de capacidad física y mental de cada individuo y tiene, por tanto, un carácter relativo y fluctuante.

Este Título recoge en cuatro artículos un conjunto de principios generales destinados a garantizar los derechos, la protección y el respeto debido a las personas adultas mayores. Se expresa categóricamente el nivel de compromiso de la familia, la sociedad y el Estado en la atención a estas personas al disponer que tienen derecho a vivir junto a su familia, siendo esta la principal responsable de su atención material y afectiva mientras que la sociedad y el Estado tienen el deber de coadyuvar a esa atención, a través de sus organismos e instituciones y proporcionar a dichas personas la protección que estas requieren. En los casos de personas adultas mayores internadas en hogares, sus

hijos y demás familiares obligados tienen el deber de contribuir a la satisfacción de sus necesidades afectivas y a su sostenimiento económico en estas instituciones.

La acción del Estado destinada a las personas adultas mayores se materializa fundamentalmente a través de los Sistemas Nacionales de Salud y de Seguridad y Asistencia Social, así como de las instituciones rectoras del deporte, la recreación y la cultura, que desarrollan los programas respectivos para lograr que estas personas vivan con la debida salud física, mental y emocional, y gocen efectivamente de la dignidad, atenciones y consideraciones especiales que requieren por su condición. Las instituciones y las organizaciones de masas y sociales en la comunidad pueden actuar para que las personas adultas mayores reciban el apoyo del Estado o de los organismos correspondientes, para hacer efectiva su protección. (Proyecto del Código de Familia, versiones digitales inéditas)

Otras figuras recogidas en el Proyecto como la curatela y la autotutela, tienen incidencia en este sector, y sería de gran beneficio su inclusión en el ordenamiento positivo siempre en clave de asistencia al necesitado y bajo la perspectiva del respeto a su dignidad.

También en el Derecho penal se tiene en cuenta la edad como circunstancia para atenuar la pena toda vez que el límite mínimo de la sanción de privación de libertad puede rebajarse hasta en un tercio en el caso de que el comisor del delito tenga más de 60 años al momento de ser juzgado, según dispone el artículo 17.2 del Código.

En el título de los Delitos contra la vida y la integridad corporal, artículos del 275 al 278, se tipifica el delito de abandono de menores, incapacitados o desvalidos. En este último concepto pueden considerarse incluidas aquellas personas en circunstancias de vulnerabilidad y dependencia ya sea por discapacidad propiamente dicha o por edad.

Es la Ley de Seguridad Social obviamente la que contiene mecanismos jurídicos dirigidos más claramente a la protección de los ancianos. Desde el artículo 3 que establece que el régimen de seguridad social comprende la protección brindada a los tra-

descendientes de este y el cónyuge sobreviviente y heredan una porción igual a la de aquellos.

⁸ Señala el Proyecto en su Exposición de motivos, en referencia a este título y al de discapacitados, que: "Los Títulos que las recogen están destinados a hacer énfasis en que es la familia el principal apoyo y sostén para estas personas, con lo que se reafirma el concepto tutelar y afectivo de la familia cubana a la cual aspiramos. Así como el carácter marcadamente social de esta protección, al recabar en ella la colaboración y participación de las organizaciones de masas y la comunidad" (versión digital inédita).

bajadores en situación de vejez y el 4 que dispone que el régimen de asistencia social protege a cualquier persona no apta para trabajar y que carezca de familiares en condiciones de prestarle ayuda; puede apreciarse que en sus regulaciones están comprendidas aquellas personas a las que se ha estado haciendo referencia por sus condiciones de vulnerabilidad y dependencia con motivo de la edad.

Una regulación que merece destacarse por favorecedora es la referida a que los pensionados por edad con 60 o más años las mujeres, y 65 o más los hombres, previa acreditación de 30 años de servicios prestados, podrán reincorporarse a trabajo distinto al que desempeñaban y recibir tanto el salario como la pensión.

Medidas de aseguramiento de derechos. Medidas públicas y políticas sociales

Dado que el envejecimiento se ha tornado un fenómeno presente en la sociedad cubana, las similares autoridades implicadas han venido (pre) ocupándose del tema y en consecuencia se han diseñado y aplicado políticas y programas definidos, principalmente en los sectores de la salud y de la seguridad y asistencia social, en función de ejecutar diferentes acciones para una atención priorizada a los adultos mayores con una perspectiva multi e interdisciplinaria.

En Cuba las políticas públicas para la atención a las personas con discapacidad se basan en tres enfoques.

El primero, de tipo **médico**, orientado a los procesos de tipo orgánico que pueden constituir la causa de aparición de la discapacidad, el tratamiento adecuado de la afección y las posibles vías de remediarla, si esto fuera posible. Así, comprende acciones como el diagnóstico, la prevención y la rehabilitación, orientadas todas a favorecer un mejor nivel de funcionamiento de la persona con discapacidad. Otro enfoque de tipo **educativo**, que comprende la determinación de las necesidades educativas especiales de estas personas, así como la puesta en marcha de las acciones que al respecto pueden llevarse a cabo para lograr el mayor grado de desarrollo de estas, teniendo en cuenta, sobre

todo, sus particularidades. Nuestro sistema de educación especial ha sido considerado de avanzada por múltiples organizaciones internacionales y puede exhibirse como un destacado logro humano, en aras de la integración de la persona con discapacidad a la sociedad. Y el tercero es **socio-jurídico**, vinculado con el empleo, la accesibilidad, la eliminación de barreras arquitectónicas, el uso de los recursos sociales y de la asistencia social, el reconocimiento de los derechos de los que son titulares y la tutela legal del ejercicio de tales derechos en los distintos ámbitos de su vida: civil, familiar, laboral. (Pérez Gallardo, 2006, pp. 313-314)

Sobre estas mismas bases se erige la tuición de los ancianos, y en este sentido los derechos que se les confieren se enmarcan en tres categorías: protección, participación e imagen. La protección se refiere a la seguridad física, psicológica y emocional de las personas mayores en lo que respecta a su particular vulnerabilidad frente al abuso y el maltrato. La participación se enmarca en la necesidad de establecer un papel mayor y más activo para las personas mayores en la sociedad. La imagen alude a la necesidad de definir una idea más positiva y menos degradante y discriminatoria acerca de lo que las personas mayores son y pueden hacer (Los derechos de los ancianos; citado en Horta, 2012).

En nuestro país se encuentra vigente desde la pasada década del 90 el Programa de Atención Integral al Adulto Mayor que basándose en sus antecedentes de 1974 y 1985, diseña sus propósitos a través de tres subprogramas: atención comunitaria, atención institucional y atención hospitalaria.

El primero de ellos promueve cambios de estilo de vida, la prevención de enfermedades y discapacidades, una atención escalonada y oportuna con gran protagonismo del médico de la familia y prestaciones sociales al anciano solo. Incluye los equipos multidisciplinarios de atención gerontológica en cada policlínico del país, la atención del médico de familia, los círculos de abuelos, las casas de abuelos, la asistencia domiciliaria y la labor de trabajadores sociales.

Por otra parte, insertadas en el sistema educacional, se encuentran las Cátedras del Adulto Mayor, en las que se imparten cursos gratuitos acerca

de disímiles temas como: alimentación, salud, psicología de la tercera edad, cultura general, seguridad social, computación entre otros. Para graduarse de la Universidad del Adulto Mayor deberán presentar una ponencia como culminación de un año académico de actividades presenciales.

Un tema insoslayable en esta sede lo constituye el de la accesibilidad,⁹ vista tanto la interna, como la externa. La oficina nacional de normalización dictó la Norma Cubana NC 391:2004 Accesibilidad de las Personas al Medio Físico, que establece los elementos generales y requisitos específicos de accesibilidad a cumplir en el urbanismo, edificaciones, comunicaciones y transporte. La Instrucción 1/2000 del Instituto de Planificación Física instituyó la incorporación del tema de la accesibilidad en general en los instrumentos de planeamiento. Teniendo en cuenta el envejecimiento poblacional en Cuba, se impone la reflexión y definición de políticas efectivas en relación con la accesibilidad, cuestión de vital importancia para el ejercicio de los derechos de independencia, participación y autorrealización.

La progresiva agudización del fenómeno del envejecimiento poblacional en el contexto cubano impone a las autoridades la instrumentación de acciones integrales y de carácter global que sean sostenibles y viables en la realidad política y socioeconómica del país, así como coherentes con la idiosincrasia y las tradiciones culturales y familiares. Los esfuerzos deben combinar la atención integral a los ancianos con la estimulación al crecimiento poblacional a partir del aumento de la fecundidad. Deben diseñarse desde el diagnóstico, chequeo y evaluación del fenómeno en su multilateralidad, pasando por la educación y difusión desde todas las perspectivas: demográfica, económica, cultural, ambiental y jurídica; promoviendo el respeto a la dignidad del ser humano en esta etapa de su vida.

⁹ En Colombia, por ejemplo, la ley 1287 de 3 de marzo de 2009 define la accesibilidad como la condición que permite en cualquier espacio o ambiente, ya sea exterior o interior, el fácil y seguro desplazamiento de la población en general y el uso en forma confiable, eficiente y autónoma de los servicios instalados (Echeverri, s.a.).

Medidas privadas y ejercicio de la autonomía de la voluntad

En el ámbito privado existen toda una serie de figuras que pueden ser útiles en el camino de la tuición a los adultos mayores como sujetos vulnerables.

Los reconocidos por la doctrina como mecanismos de autoprotección son relativamente jóvenes, pues datan del año 1998 cuando en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Veracruz, México, se acordó dar esta calificación a todos los instrumentos jurídicos que emanen de la voluntad de una persona capaz y que tengan como finalidad la manifestación de las decisiones tanto personales como patrimoniales, de la vida de esa persona en previsión de su futura incapacidad. Pero además, debido a la importancia que les ha sido otorgada en la actualidad, se han llegado incluso a elevar a la categoría de derecho la posibilidad que se contempla con la realización de estos mecanismos, así se le ha denominado *derecho de autoprotección*, que emana y se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la libertad y con la dignidad de la persona; son precisamente los mecanismos de autoprotección jurídica los que implican el reconocimiento de este derecho.

Cabe argüir entonces que son una manera en la que ha respondido el Derecho ante las demandas de la sociedad y los individuos de poder organizar y decidir sobre su vida y la protección de su persona en el futuro, ante el proceso normal de envejecimiento y los efectos que el mismo provoca.

Sea considerado como derecho que tiene la persona, como mecanismos o instrumentos con los que esta cuenta para que su voluntad se manifieste con carácter *ex nunc* (hacia el futuro) cuando ya no tenga capacidad para hacerlo, lo importante es que dota a los seres humanos de las herramientas necesarias para ejercitar su libertad y proteger su dignidad en un momento de su vida en que no cumple con los presupuestos para que su manifestación de voluntad sea válida, pero en el que aún sigue con vida y como tal sigue siendo persona. Así, como colofón de la VIII Jornada Notarial Iberoamericana y del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Argentina, a la altura del año 1998, en atención al valor que poseen estos instrumentos jurídicos, se propuso a la Unión del

Notariado la creación de un Protocolo de Uniformidad para reconocer la validez y equivalencia de las formas de las disposiciones de autoprotección en todos los países miembros (Giménez, 2007).

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

En la doctrina cubana seguimos a Pérez Gallardo en el sentido de que estos mecanismos son una manera de poner a la autonomía de la voluntad en función de la autoprotección de las personas y se manifiestan como una solución al dilema social que se presenta ante el envejecimiento incesante de la población y las colaterales enfermedades de tipo demencial senil, como el Alzheimer, que provocan la necesidad de prever aspectos variados de su existencia, antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse (Pérez Gallardo, 2000).

Uno de los autores argentinos que más ha abogado y estudiado la temática de los mecanismos de autoprotección es Llorens, quien unido a Rajmil consideran al derecho de autoprotección, como el que tiene todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida de su discernimiento. Su basamento lo constituye el respeto a la libertad, la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos, cualquiera sea su edad, sexo o condición. En tanto derecho subjetivo, se ejerce mediante un acto de autoprotección que es aquel en el cual el sujeto deja claramente plasmada su voluntad en el sentido señalado (Llorens y Rajmil, 2009).

A modo de epítome, pueden ser considerados como un conjunto de actos que emanan del ejercicio válido de la autonomía de la voluntad de una

persona, que con carácter preventivo realiza una serie de directivas para que desplieguen su eficacia en el caso de que dicha persona se encuentre impedida de hacerlo, de forma temporal o permanentemente, debido a la variación de sus aptitudes psíquicas, siempre que con ello no se cause daño o perjuicio a otro.

Además, es innegable que presentan una serie de ventajas para la persona y la familia, entre ellas podemos mencionar: que favorecen que se respeten las convicciones acordes con la historia de vida del paciente, permiten que las decisiones cruciales o dilemáticas no sean una carga para los familiares o allegados, orientan las decisiones médicas al conocer las preferencias del paciente y pueden reducir la judicialización de casos (Farias, 2010).

Tipos de mecanismos de autoprotección

- La autotutela

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

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

y resuelve todo lo concerniente a la institución tutelar en legislaciones, como la nuestra, que reconocen una tutela bajo control judicial (Valdés, 2010).

En el ámbito cubano resulta completo y sistematizador el estudio realizado por Moreno Nápoles en ocasión de su trabajo final para optar por la titulación de Especialista en Derecho Civil, bajo la dirección de Valdés Díaz, quien considera "(...) a la autotutela como el negocio jurídico personalísimo, individual, unilateral, de Derecho de Familia, ínter vivos, principal, gratuito, solemne, no recepticio y revocable; mediante el cual una persona individual con capacidad de obrar para ello designa para el supuesto de incapacitarse, a aquella que prevé deba tutelarle, pudiendo nombrarle sustitutos; o excluye a determinadas personas para el cargo de tutor suyo, o realiza ambas cosas a la vez" (Moreno, 2007, p. 55).

También en la doctrina cubana, se ocupan de su definición Pérez Gallardo, quien señala que "(...) consiste en la designación por parte del interesado mayor de edad que no puede valerse por sí mismo (por causa de incapacidad física o psíquica) de la persona que en calidad de tutor puede representar su persona y bienes" (Pérez Gallardo, 2006, p. 35); y Díaz Magrans, la que en igual sentido refiere que la autotutela se produce cuando cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, se designa tutor en documento público notarial, propuesta de tutor que se tomará en consideración como preferente al momento de la aprobación judicial (Díaz, 2008, p. 37).

En virtud de nuestro ordenamiento jurídico civil y familiar, la tutela se constituye judicialmente por el Tribunal del domicilio del incapaz y esta designación, para el caso de los mayores de edad, se realiza en atención a una serie de reglas contenidas en el Código de Familia en los artículos del 148 al 150. El primero de estos artículos señala a quiénes corresponderá el ejercicio de la tutela de las personas mayores incapacitadas, estableciendo además un orden de prelación, situando en primer lugar al cónyuge, después a los padres, a los hijos, a los abuelos y finalmente a los hermanos. Razonemos lo idóneo que resultaría que fuera la propia persona en previsión de la propia incapacidad que ha de sobrevenirle, quien designara a su futuro tutor. Es por ello que la versión de febrero de 2010, del Anteproyecto de Código de Familia cubano brinda esta

posibilidad cuando sitúa en el primero de los órdenes antes mencionados, a la persona que haya sido designada en escritura pública notarial por el hoy declarado incapaz, dándole una importancia primordial a la libertad, la autonomía y la dignidad de la persona. No obstante y hasta que vea la luz este Anteproyecto de Código de Familia, pueden las personas mediante escritura pública notarial manifestar su voluntad sobre quién desean que funja como su tutor, lo cual si bien no obliga al Tribunal, si puede ser tenido en cuenta por el órgano judicial al momento de decidir, entre dos personas de igual grado de parentesco como los hijos o los padres.

- Poderes preventivos

Señala Engelhardt que, si una persona nombra un poderhabiente para que elija por ella, bien con instrucciones específicas, bien con la instrucción de carácter general "haz lo que quieras", la segunda persona es una extensión moral de la libertad de la primera y refiere más adelante que la mayoría de los tutores no actúan basándose en directrices previas (cual si pudiera ser el caso de la autotutela) que otorgan autoridad y ofrecen instrucciones para la elección por poderes. Cuando un tutor habla en nombre de un individuo que nunca ha sido competente o que cuando lo era no dio instrucciones ni transfirió autoridad a nadie, su situación es completamente distinta a la del poderhabiente designado, porque este tutor no es la prolongación de la libertad del individuo (Engelhardt, 1995).

Como complemento a lo anterior, podemos considerar que este mecanismo de autoprotección jurídica, es un mandato futuro de protección, a cuyo tenor toda persona mayor de edad, en previsión de su propia incapacidad más o menos acusada, puede encargar a una o varias personas en un mismo mandato, su representación, para el caso de que no pueda por sí sola atender a sus intereses (Roldán, 2011).

Estos pueden ser de dos tipos: el que se otorga para la incapacidad del poderdante, por lo que desplegará sus efectos cuando ocurra tal hecho, y el que se autoriza con anterioridad a la incapacidad y comienza a desplegar sus efectos de inmediato, pero el poderdante desea que continúe una vez sobrevenida la incapacidad.

Según la normativa vigente en Cuba, es necesaria la precisión de que entre tanto no sea mo-

dificado nuestro Código Civil, en virtud de lo que establece el artículo 409 c) en relación con el 414.2, el poder se extingue con la incapacidad del apoderado, entendida la incapacidad según lo preceptuado por el artículo 31 del mismo cuerpo legal, como aquella que es declarada judicialmente; el poder preventivo solo surtirá efectos desde que la persona pierda sus facultades de discernimiento y hasta que sea declarada su incapacidad por un órgano judicial competente. Distinta se presenta la realidad jurídica foránea, en la que, o se presenta una referencia expresa a esta institución jurídica o se ha eliminado la incapacidad como causal de extinción del poder, lo que permite su subsistencia para cumplir los fines queridos por el poderdante para cuando ya no pueda manifestar inequívocamente su capacidad.¹⁰

- Crédito vitalicio con garantía hipotecaria o hipoteca inversa

Este mecanismo de autoprotección jurídica constituye una interesante fórmula financiera y legal, que permite a las personas mayores o dependientes, mantener sus necesidades básicas a través de una línea de crédito inversa a la habitual, ya que el tomador del crédito (persona que en la actualidad es capaz), recibirá en préstamo una cantidad de dinero (capital), en un desembolso único o en cuotas periódicas. Pero este capital más los intereses pactados, no será pagado por el tomador del crédito (incapaz), sino por quien resulte obligado al momento del fallecimiento del tomador. Este futuro pago del crédito se garantiza con una hipoteca sobre el inmueble de titularidad del tomador (incapaz). Además de que se le denomina vitalicio, debido a que se pacta el pago de una suma hasta que la persona fallezca, crédito que será pagado a posteriori por sus herederos si quieren conservar la vivienda titularidad de su causante en propiedad (Lucero y Pozzi, 2009) y que está garantizando el crédito recibido.

Esta herramienta permite que una persona pueda recibir una mensualidad por el solo hecho de ser propietaria de una vivienda, que si sus herederos

desean conservar después de fallecida la persona, deben pagar al banco o entidad financiera el crédito abonado al propietario mientras vivió.¹¹ Constituye además una alternativa ante la necesidad de liquidez, que no implica deshacerse de la vivienda cuya titularidad se ostenta. Es importante destacar que no es posible su utilización en virtud del ordenamiento jurídico civil cubano, por cuanto a partir de las Leyes de Reforma Urbana se eliminó la hipoteca como garantía de las obligaciones, siendo posible solamente la modalidad de hipoteca naval o área y no sobre bienes inmuebles como la vivienda,¹² el cual es el caso de la institución que se analiza.

- Seguro de dependencia

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

¹¹ Es muy interesante significar que determinadas legislaciones como la española y la norteamericana establecen una edad mínima para concertar este tipo de contratos, así la primera establece 65 años (Ley No. 41/2007 de 7 de diciembre) y la segunda 62 (Home Equity Conversión Mortgage de 22 de diciembre de 1987).

¹² En la actualidad podríamos cuestionarnos si sería posible la concertación de una hipoteca inversa sobre las denominadas en Cuba como viviendas de veraneo, por cuanto a partir de la promulgación del Decreto Ley 289/2011, en su artículo 13.2 apartado a, se permitió la concertación de hipotecas sobre este tipo de inmuebles.

¹⁰ Ejemplo de ello lo constituyen el Código Civil español (artículo 1732) y la Ley francesa de Protección a las Personas Mayores No.308 de 2007.

- Contrato de alimentos

El contrato de alimentos, ajeno a la práctica cubana, puede resultar de utilidad en caso de personas vulnerables en general, adecuando sus características y prestaciones a las peculiaridades de la realidad nacional. Así, por ejemplo, si bien forma parte de este negocio la prestación de vivienda al alimentista, bien puede en el caso de Cuba, que sea el alimentista el propietario del inmueble y el alimentante con necesidades habitacionales le provea de cuidados a cambio de residir en el domicilio del alimentista. Esa misma convivencia propiciará que se cree la relación afectiva que debe presidir las prestaciones de este negocio contractual en el que el interés del alimentista acreedor no es necesariamente patrimonial, aunque pueda valuarse pecuniariamente.

Este tipo contractual ha surgido ante la necesidad de determinado sector poblacional dependiente, de obtener cuidados y atención más allá del pago por la prestación de determinados servicios, ya que no era suficiente el dinero que podía reportar, por ejemplo, la venta o arrendamiento de un bien inmueble, puesto que ello no suplía los requerimientos de cuidado y condiciones de vida de este tipo de personas. El contrato de alimentos consiste en la transmisión de bienes o derechos a cambio de vivienda, manutención, cuidado de su salud u otros conceptos, para las personas allí designadas, sea el propio contratante o un tercero.

En relación con su denominación cabe realizar una precisión y es que, aunque se utilice el término alimentos, este contrato contiene muchas más prestaciones y no solo la de alimentar al beneficiario, incluyéndose la obligación para la otra parte de atender, cuidar y garantizar las condiciones de vida en general, del que en la actualidad es incapaz. Se nos presenta este negocio como un contrato atípico, sobre el que no existe una prohibición expresa en la normativa cubana, de tal manera que pudiera ser posible su autorización, siempre que se trate de la transmisión de bienes sobre los que no exista prohibición de compra venta; aunque sí pudieran ser utilizados otros de gran valor, como los automóviles.

Por su parte, la renta vitalicia se distingue del vitalicio ya que este es el negocio jurídico bilateral por el cual una persona denominada constituyente se obliga a transmitir el dominio u otro derecho

real sobre un bien a cambio de que el otro sujeto se comprometa a cuidar y albergar en su casa procurando asistencia médica, farmacéutica y alimentaria a la persona o personas designadas por el resto de su vida. Es el llamado *bail à nourriture* en Francia, *vitalizio alimentare* en Italia, *altenteil* en Alemania o *entretien viager* en Suiza.

No obstante afirmarse que el contrato de renta vitalicia es poco utilizado en la actualidad, al menos en su forma prístina, teniendo en cuenta los contextos económicos inflacionarios y deflacionarios que pueden agravar en exceso el alea normal del negocio, o la difusión del seguro profesionalizado, no es menos cierto que la sencillez de la renta vitalicia en un ámbito privado la dota de ventajas para su concertación con fines asistenciales de protección a las personas dependientes o con alguna discapacidad, ya que al buen decir de Puig Peña "proporciona segura vejez a personas que carecen de legitimarios, sirve para constituir capital a quien no tiene y cumple con satisfacción una renta en cierto modo ventajosa" (Puig, 1974, p. 541).

Para afianzar esto sería de gran importancia que fuera disciplinado normativamente, y por otro lado, podrían instrumentarse otras iniciativas que en el mundo moderno se han fomentado, como las rentas vitalicias familiares contratadas con aseguradoras que incluyen el pago de pensiones de sobrevivencia a favor de sus beneficiarios; u otras modalidades que habrían de compatibilizarse con el sistema de beneficios de seguridad y asistencia social.

Conclusiones

El Derecho en una sociedad que impulse y practique valores de solidaridad y de genuina y plena igualdad, tiene la misión esencial de brindar una respuesta normativa a los fenómenos que la realidad le impone con el contenido axiológico que le es inherente a todo hecho de la vida social. En todo caso, se requiere creatividad y flexibilidad de los legisladores y de los operadores jurídicos, perfeccionamiento y eficiencia en el funcionamiento de los mecanismos existentes y reconocimiento de aquellos nuevos que puedan contribuir a la seria ejecución de la protección ya establecida, a fin de que la utopía humanista que impregna el Derecho sea ciertamente una utopía realizable.

Referencias bibliográficas

- ALFONSO, J. C. y LEÓN, E. M. (2008). Situación demográfica y el envejecimiento de la población en Cuba. Características generales. En *Cuadernos de estudio población y desarrollo* (pp. 1-31). La Habana: Centro de estudios de población y desarrollo (CEPDE), ONE.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1991). Resolución 46 de 16 de diciembre de 1991. Recuperado de <https://www.un.org/.../los-principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las-personas> [Consultado: 8 de mayo de 2017].
- ASGHAR, P. (2008). *Características y retos del envejecimiento de la población: La perspectiva europea*. Centro Europeo de Viena para las Políticas de Bienestar Social e Investigación. Recuperado de: http://www.euro.centre.org/data/1242392033_86769.pdf [Consultado: 9 de enero de 2017].
- COLECTIVO DE AUTORES. (2003). *Por la vida. Estudio psicossocial de las personas discapacitadas y psicopedagógico, social y clínico de las personas con retraso mental en Cuba*. La Habana.
- COLLAZO, M., RODRÍGUEZ, A. L., y CALERO, J. L. (2010). El envejecimiento poblacional en Cuba, desde la mirada de los directivos del sector salud. *Novedades en Población* (revista electrónica), 6(11).
- DÍAZ MAGRANS, M. M. (2008). *La tutela. Posibilidad de una mayor intervención notarial* (Tesis de Especialidad). La Habana.
- ECHEVERRI, A. C. (s.a.). Discapacitados en Colombia: Marco general de la normativa vigente. Recuperado de <http://documents.mx/documents/discapacitados-en-colombia.html>, [Consultado: 8 de mayo de 2017].
- ENGELHARDT, T. (1995). *Los fundamentos de la Bioética*. Barcelona: Paidós.
- FARIAS, G. (2010) *Directivas Médicas Anticipadas*. Recuperado de www.fmv-uba.org.ar/antropologia/Nro1Marzo2006/directivas%20medicas.asp. [Consultado: 1 de septiembre del 2011].
- FERNÁNDEZ, J. M. y LÓPEZ, J. (2009). Maltrato y factores de riesgo. En Pérez-Puig, R. (Coordinadora), *Personas mayores vulnerables: Maltrato y abuso*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- GIMÉNEZ, M. I. (2007). *Voluntad Anticipada Autocuratela*. Recuperado de www.el-observatorio.org/.../revista-instituto-de-derecho-e-integracionnum-1-2009-pdf. [Consultado: 29 de agosto del 2011].
- HORTA, D. (2012). Protección jurídica a las personas de la tercera edad (Trabajo de investigación, inédito, dirigido por Teresa Delgado Vergara). Universidad de La Habana, Cuba.
- KEMELMAJER, A. (2006). Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 37-68.
- LLORENS, I. R. y RAJMIL, A. B. (2009). Derecho de autoprotección. *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, (1), p.48.
- Los Derechos de los ancianos*, en <http://www.hrea.net/learn/guides/ancianos.html>, Régimen Jurídico de Protección de la Dependencia, en www.ciss.org.mx/assembly/pdf/es/2005 [Consultado: 20 de diciembre de 2016].
- LUCERO, L.A. y POZZI, H. R. (2009). El fideicomiso de administración en miras de mejorar la calidad de vida. *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, (2), 17-64.
- MESA, O. (2009). La situación del Derecho de familia en Cuba. En Matilla, A. (coordinador), *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté* (pp. 634-651). Mallorca: Editorial Leonard Mun-taner.
- MORENO, R.J. (2007). *Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela* (Tesis de Especialidad). La Habana.
- PÉREZ GALLARDO, L. B. (2000). De la autonomía de la voluntad y de sus límites. En Pérez Gallardo, L. B. (coordinador), *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos* (pp. 229-230). La Habana: Editorial Félix Varela.
- PÉREZ GALLARDO, L. B. (2006). La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*. En Pérez Gallardo, L. B. y Kemelmajer, A. (coordinadores), *Nuevos perfiles del Derecho de familia. Libro homenaje a Olga Mesa Castillo* (pp. 312-345). Mendoza: Rubinzal Culzoni Editores.
- PÉREZ GALLARDO, L. B. (2009). La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano? (A propósito de la Sentencia Nº 120 de 30 de septiembre del 2008 de la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana). *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, 1(2), pp. 131-182.
- PRIETO, M., MATILLA, A., PÉREZ GALLARDO, L. y VALDÉS, C. (2006). Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial. *Revista Jurídica*, 8(13), 16-35.

Teresa Delgado Vergara y Joanna Pereira Pérez

- PUIG, F. (1974). *Tratado de Derecho civil español*, Tomo IV, Volumen II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2005). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa.
- ROLDÁN, A.V. (2011). Poderes preventivos de auto-protección. *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, (5), pp. 106-107.
- SÁNCHEZ, C. Y DÍAZ, J. (2009). Aspectos preventivos del maltrato en las personas mayores. En Pérez-Puig, R. (Coordinadora), *Personas mayores vulnerables: Maltrato y abuso* (p. 15). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- VALDÉS, C. del C. (2010). Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, IV(26), 39-68. Recuperado de Disponible en: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=293222980003>.
- 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. (2008). Disponible en: www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300... [Consultado: 8 de mayo de 2017].