

UCLV
Universidad Central
"Marta Abreu" de Las Villas



FCS
Facultad de
Ciencias Sociales

Departamento de
Derecho

TRABAJO DE DIPLOMA

Título: "El ejercicio de la capacidad restringida en las personas con discapacidad intelectual"

Autor: Yanet Delgado García

Tutor: Dayana Moya Espinosa

Santa Clara Junio, 2019
Copyright©UCLV

UCLV
Universidad Central
"Marta Abreu" de Las Villas



FCS
Facultad de
Ciencias Sociales

Academic Department
of Law

DIPLOMA THESIS

Title: "The exercise of restricted capacity in people with intellectual disabilities"

Author: Yanet Delgado García

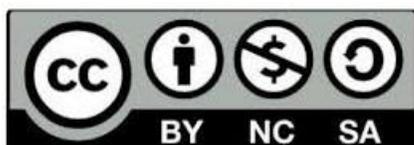
Thesis Director: Dayana Moya Espinosa

Santa Clara June, 2019.
Copyright©UCLV

Este documento es Propiedad Patrimonial de la Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas, y se encuentra depositado en los fondos de la Biblioteca Universitaria “Chiqui Gómez Lubian” subordinada a la Dirección de Información Científico Técnica de la mencionada casa de altos estudios.

Se autoriza su utilización bajo la licencia siguiente:

Atribución- No Comercial- Compartir Igual



Para cualquier información contacte con:

Dirección de Información Científico Técnica. Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas. Carretera a Camajuaní. Km 5½. Santa Clara. Villa Clara. Cuba. CP. 54 830

Teléfonos.: +53 01 42281503-1419

PENSAMIENTO:

“La discapacidad no te define; te define cómo haces frente a los desafíos que la discapacidad te presenta”

Jim Abbott

DEDICATORIA:

A mis padres en gratitud a sus esfuerzos y amor infinito, por estar siempre a mi lado en todos los momentos de la vida.

A mi hermana por ser mi guía, mi luz y mi ejemplo a seguir.

A todos los amigos que de algún modo han contribuido a que este sueño se haga realidad.

A mi tutora Dayana Moya Espinosa por su grandísimo esfuerzo y dedicación con esta investigación, por su grandeza como ser humano.

AGRADECIMIENTOS:

A mi madre por darme la vida, la educación y el amor infinito que solo ella sabe ofrecer.

A mi padre por estar siempre presente en los buenos y malos momentos, por darme su apoyo, gracias a ti he podido llegar al final del camino.

A mis hermanas por brindarme su ayuda y apoyo incondicional, por saber que siempre estarán ahí para mí.

A mi sobrina por ser ese ángel que me ilumina y siempre me saca una sonrisa aun en los peores momentos.

A mis tíos por hacerme sentir que siempre puedo contar con ellos, por todo su cariño y amor sin medidas.

A mis primos por brindarme su ayuda siempre que los he necesitado, en especial a Yaneidi que es más que una prima, por demostrarme cada día cuán importante soy para ella.

A mis abuelos por hacerme sentir siempre su niña mimada, simplemente por existir.

A mi novio por brindarme su apoyo incondicional en estos dos últimos años de mi carrera, por hacerme sentir siempre alguien especial, por su amor sin límites.

A mis amigas, Gleybis, Claudia, Alegna y las Lauris a las cuales le agradezco cada minuto que compartí a su lado, cada lección y cada consejo dado.

A todos los amigos que hice en el Modelo de Naciones Unidas (ORBIS) y (ONUFINAR), por cada experiencia vivida.

A todos los profesores que me brindaron durante estos cinco años de carrera una enseñanza no solo en lo profesional sino para la vida, en especial a Mayren y a Reinerio que tanta ayuda me han brindado en la realización de este trabajo.

A mi oponente Dagny Granela por ser la mejor de todas, por su calidad como profesional que es.

A mi tutora Dayana Moya Espinosa por su exigencia, su sabiduría y sobre todo por su comprensión y su ayuda inigualable. Gracias Dayi por todo, sin tu apoyo esta investigación no se hubiese podido consumar.

A los que de una forma u otra contribuyeron a que este grandísimo sueño se haga realidad, a todos sencillamente.

“Muchas Gracias”

Yanet

RESUMEN

El presente trabajo titulado **“El ejercicio de la capacidad restringida en personas con discapacidad intelectual”**, estuvo motivado por la necesidad de ajustar las normas del derecho positivo cubano a los postulados de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, de la cual Cuba es signataria, lo que supone una adecuada regulación de la capacidad restringida en personas con discapacidad intelectual. En el derecho positivo cubano se reconoce de manera discordante la capacidad restringida. El Código Civil cubano en su artículo 30 solo la declara sin destinar ulteriores postulados a la regulación de la misma, sumándose, la errada remisión que realiza al artículo 32 del Código de Familia, donde no se reconoce una institución de guarda que se avenga con las exigencias de la restricción de la capacidad, y la existencia de un mecanismo ineficaz para la obtención de la declaración judicial de la misma, planteándose como problema científico: La inadecuada regulación en la legislación cubana, de la capacidad restringida como forma legal aplicable al ejercicio de la capacidad en personas con discapacidad intelectual, impide su ejercicio efectivo y como Hipótesis: La adecuada regulación jurídica de la capacidad restringida, como forma legal aplicable al ejercicio de la capacidad en personas con discapacidad, supone el necesario reconocimiento de la curatela en el Código de Familia como institución de guarda que complemente el ejercicio de la capacidad y la regulación de un mecanismo legal que permita la declaración de ese estado intermedio de incapacitación. La novedad del tema radica en determinar las carencias de nuestro ordenamiento jurídico en sede capacidad restringida, las que impiden el ejercicio efectivo de la misma.

ABSTRACT

The present work entitled "**The exercise of restricted capacity in people with intellectual disabilities**", was motivated by the need to adjust the rules of Cuban positive law to the postulates of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, of which Cuba is signatory, the one means adequate regulation of restricted capacity in people with intellectual disabilities. In Cuban positive law, restricted skill is recognized discordantly. The Cuban Civil Code in its article 30 only declares it without assigning further postulates to the regulation of the same, adding, the erroneous remission that makes article 32 of the Family Code, which does not recognize a guardian institution that acquires with the requirements of the restriction of capacity, and the existence of an ineffective mechanism for obtaining the judicial declaration of the same, raising as a scientific problem: The inadequate regulation in Cuban legislation, of the restricted capacity as a legal form applicable to the exercise of the capacity in people with intellectual disability, prevents its effective exercise and as Hypothesis: The adequate legal regulation of restricted capacity, as legal form applicable to the exercise of ability in persons with disabilities, implies the necessary recognition of the curatorship in the Code of Family as a guardian institution that complements the exercise of capacity and regulation of a legal mechanism that allows the declaration of this intermediate state of incapacitation. The novelty of the issue lies in determining the shortcomings of our legal system in restricted capacity headquarters, which prevent the effective exercise of it.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: CAPACIDAD, INCAPACIDAD, CAPACIDAD RESTRINGIDA Y DISCAPACIDAD. UNA DISTINCIÓN NECESARIA	5
I.1 El ejercicio de la capacidad	5
I.2 Especial referencia a la discapacidad intelectual, su relación con el ejercicio de la capacidad	15
I.3 La Restricción de la capacidad. Condición intermedia entre Capacidad e Incapacidad de obrar	21
I.4 La Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y su implementación en legislaciones foráneas. Argentina y España	30
CAPÍTULO II: LA CAPACIDAD RESTRINGIDA Y LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL. UNA MIRADA AL DERECHO POSITIVO CUBANO	40
II.1 El tratamiento de la discapacidad en Cuba. Una mirada a la Constitución y políticas públicas	40
II.2 Personalidad y capacidad jurídica en el derecho positivo cubano.....	46
II.3 La Restricción de la capacidad en el ordenamiento positivo cubano	60
II.4. La capacidad restringida desde el saber y quehacer jurídico de los operadores del derecho.....	75
CONCLUSIONES	78
BIBLIOGRAFÍA.....	79
LEGISLACIÓN CONSULTADA	85
ANEXOS.....	86

INTRODUCCIÓN

El Derecho, en su concepción más amplia, constituye un instrumento de organización social mediante el cual se encausa el rumbo de las relaciones sociales, convirtiéndose estas, en relaciones jurídicas toda vez que son reconocidas por él. En tal propósito el Derecho Civil juega un papel primordial, en tanto, este tiene como núcleo medular al hombre en su entorno social. Sin embargo, la simple existencia de la persona no es suficiente para que se configure una relación jurídica, subordinándose esto a la personalidad en estrecha relación con la capacidad.

La personalidad no es más que el atributo otorgado o asignado por el ordenamiento legal a todas las personas, como presupuesto indispensable de su participación en las relaciones jurídicas.

La capacidad civil es entendida como la aptitud general e inalterable para ser titular de derechos y obligaciones la que se compone de la capacidad jurídica, de derecho o de goce y la capacidad de obrar, de ejercicio o de acción. La primera de dichas capacidades es fundamental e implica la aptitud del sujeto para la tenencia, goce o adquisición de derechos por lo que constituye un atributo inherente al mismo. La segunda es la aptitud del ser humano para ser sujeto de derechos y obligaciones, sin el auxilio de terceros en la realización de actos jurídicos y precisa para su ejercicio de inteligencia y voluntad, elementos que pueden o no estar presentes en las personas e incluso manifestarse con limitaciones, dando lugar a diversas circunstancias: goce pleno de capacidad, carencia total de capacidad y capacidad restringida, respectivamente.

Un sector significativo de la población que puede estar sujeto a la capacidad restringida lo constituye la persona con discapacidad intelectual, la cual presenta limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa que se manifiesta en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas, es entendida como un estado de funcionamiento del individuo, dejando por tanto de identificarla como una característica de la misma, pues no constituye un elemento permanente o inamovible ya que puede variar significativamente en función de los

apoyos que reciba. A causa de estas deficiencias la capacidad de estas personas puede verse limitada o restringida.

En el derecho positivo cubano se reconoce de manera discordante la capacidad restringida. El Código Civil en su artículo 30 solo la declara sin destinar ulteriores postulados al desarrollo y consiguiente regulación de la misma, a lo que se suma en primer lugar la errada remisión que realiza al artículo 32 al Código de Familia donde no se reconoce una institución de guarda que se avenga con las exigencias de la restricción de la capacidad y en segundo lugar no abre las puertas a un mecanismo que propicie la obtención de una declaración judicial de la misma. El legislador patrio obvió un artilugio de guarda para quienes se hallan en ese estado intermedio de incapacitación y con ello, se produce la consiguiente desprotección de las personas con discapacidad intelectual en tráfico jurídico cubano.

A la anterior contradicción se añade el hecho de que Cuba es signataria de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desde el 26 de abril de 2007 y ratificada en septiembre de ese mismo año que iguala en materia de titularidad y ejercicio de los derechos a las personas con y sin capacidad jurídica, lo cual evidencia aún más, la necesidad de una adecuada regulación de la capacidad restringida en personas con discapacidad intelectual.

En esencia, no existe en la norma Civil cubana un mecanismo que permita la declaración judicial de capacidad restringida y no contempla nuestro Código de Familia un instituto de protección patrimonial para las personas comprendidas en este grado intermedio de incapacitación.

De lo anterior se presenta concretamente el siguiente problema científico:

La inadecuada regulación en la legislación cubana, de la capacidad restringida como forma legal aplicable al ejercicio de la capacidad en personas con discapacidad intelectual, impide su ejercicio efectivo.

Hipótesis: La adecuada regulación jurídica de la capacidad restringida, como forma legal aplicable al ejercicio de la capacidad en personas con discapacidad, supone el necesario reconocimiento de la curatela en el Código de Familia como institución de

guarda que complemente el ejercicio de la capacidad y la regulación de un mecanismo legal que permita la declaración de ese estado intermedio de incapacitación.

Objetivo General: Fundamentar las bases teóricas de la regulación del ejercicio de la capacidad restringida en personas con discapacidad intelectual.

Objetivos Específicos:

1. Sistematizar el estado actual de la doctrina y la legislación foránea en sede de capacidad restringida en personas con discapacidad intelectual.
2. Valorar el tratamiento de la discapacidad en Cuba.
3. Fundamentar la necesidad de reformular la regulación jurídica cubana en sede de capacidad restringida.

En la realización de este estudio se utilizaron métodos y técnicas de investigación propios de las ciencias sociales y de las ciencias jurídicas en específico, el analítico sintético a fin de interpretar, procesar y sistematizar la información teórica y empírica obtenida mediante revisión bibliográfica para conformar los fundamentos teóricos de la investigación, el analítico-jurídico, para la realización del análisis crítico de la legislación consultada, el análisis de documentos, como la Instrucción 244/2019 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y la encuesta a operadores del derecho con el propósito de constatar cómo se manifiestan las carencias del ordenamiento jurídico cubano en sede de capacidad restringida en la práctica judicial.

La novedad del tema radica en determinar las carencias de nuestro ordenamiento jurídico en sede capacidad restringida, las que impiden el ejercicio efectivo de la misma. La utilidad del tema, consiste en develar las causas que impiden el ejercicio efectivo de la capacidad restringida como forma legal aplicable al ejercicio de la capacidad en personas con discapacidad intelectual como expresión de la incoherencia del ordenamiento jurídico cubano en esta sede.

La tesis se encuentra estructurada en dos capítulos, el primero titulado “Capacidad, Incapacidad, Capacidad restringida y Discapacidad. Una distinción necesaria”. Donde se realiza un análisis teórico-doctrinal sobre las instituciones mencionadas y las principales problemáticas entorno a ellas, así como todo lo referente a la discapacidad intelectual, sus implicaciones, la relación existente entre capacidad y discapacidad, y el reconocimiento de los apoyos o complementos en el ejercicio de la capacidad. Y un segundo capítulo que lleva por título “La capacidad restringida y la discapacidad intelectual. Una mirada al derecho positivo cubano”. Realizándose un análisis legislativo de toda la normativa civil y otras normas de vital importancia respecto al tema, pudiéndose determinar las carencias de nuestro ordenamiento jurídico en sede capacidad restringida, las que impiden el ejercicio efectivo de la misma. Por último, se ofrecen las conclusiones del estudio realizado. El trabajo además contiene anexos que complementan la investigación.

CAPÍTULO I: CAPACIDAD, INCAPACIDAD, CAPACIDAD RESTRINGIDA Y DISCAPACIDAD. UNA DISTINCIÓN NECESARIA

I.1 El ejercicio de la capacidad

El abordaje de la capacidad jurídica requiere un análisis previo de instituciones del Derecho Civil que devienen en presupuestos indispensables para el ejercicio de la misma. Así se torna preciso adentrarse en la definición de sujeto de derecho y personalidad jurídica encaminada a la comprensión de cómo esta tributa al ejercicio de la capacidad jurídica.

I.1.1 Personalidad y capacidad jurídica. Presupuestos necesarios

Sujeto de derecho es la propia persona inmersa en una concreta relación jurídica, bien como titular de un derecho o sujeto activo, o como titular de un deber u obligación o sujeto pasivo,¹ o sea que intervenga de forma activa o pasiva en una relación jurídica.

La posibilidad de que una persona se convierta en sujeto de derecho, está relacionada con dos categorías fundamentales dentro del Derecho Civil: la personalidad y la capacidad. En cuanto a la primera, no existen dudas en cuanto a considerarla como un atributo otorgado o asignado por el ordenamiento legal a todas las personas, como presupuesto indispensable de su participación en las relaciones jurídicas.²

En el caso de la capacidad, aunque se coincide en considerarla como la puesta en marcha de la personalidad, es decir, la participación de una forma u otra en una relación jurídica, existen diferentes formas de entenderla; para algunos hay dos

¹ VALDÉS DÍAZ, C. (2006). ***Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana***, pág. 2. Disponible en World Wide Web: <http://www.revistapersona.com>. Consultado (10/11/2018)

² RODRÍGUEZ CORRÍA, R. (2008). ***El ejercicio de la capacidad: una visión crítica de la legislación civil***. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo, número 42, ISSN 1669-4031. Referenciada en LATINDEX, pág.1

capacidades perfectamente diferenciadas: la jurídica o de derecho, que permite adquirir derechos y la de hecho o de obrar que permite ejercitar aquellos por sí mismo; también entendida como capacidad de goce y capacidad de obrar o capacidad de ejercicio. Y para otros la capacidad es una sola, y como tal permite disfrutar y ejercitar los derechos.³

Según la primera línea de pensamiento la Capacidad Jurídica como categoría se divide en dos subcategorías, a saber: capacidad de derecho, de goce o adquisición y capacidad de obrar, de hecho, de ejercicio o de acción. La capacidad jurídica la tiene todo hombre, comienza con su personalidad y acaba con ella, por tanto, se muestra como la aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y uniforme para todos.⁴

Cabe distinguir la capacidad jurídica de la capacidad de obrar o, de hecho; la primera, está relacionada con la aptitud de la persona para ser titular de las relaciones jurídicas que le afectan y, presupone una actitud estática del individuo, puesto que por el solo hecho de ser persona ya goza de la misma. Frente a esta, se puede hablar de la capacidad de hecho o de obrar, en el sentido dinámico de la persona, que es la aptitud para realizar efectivamente actos jurídicos, le permite adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones y que se pone de manifiesto o surge ante el ejercicio de la capacidad de derecho.

En este orden de ideas DE CASTRO explica que la capacidad de obrar se contrapone a la capacidad jurídica como el elemento activo frente al pasivo, caracterizado por una aptitud natural, ya en general, o centrada en la inteligencia, o en la voluntad, o en el querer y saber.⁵

Según la segunda línea de pensamiento, a la cual se acoge la presente investigación, se entiende la capacidad jurídica como una sola, que presenta modificaciones en su ejercicio en dependencia de determinadas circunstancias previstas en la ley.

³ RODRÍGUEZ CORRÍA, R. (2008), op., cit., pág. 1

⁴ ALBADALEJO GARCÍA, M. (1991). *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*. Ed. Bosch, Barcelona, Tomo.1, pág. 215

⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952). *Derecho Civil de España*. Tomo II, parte primera, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pág. 41

No existe una relación de oposición o enfrentamiento entre la llamada capacidad de derecho y, de hecho, sino que se entiende la misma como una sola, la capacidad que requiere todo individuo para ser titular de derecho y obligaciones y que puede ser modificada en relación con determinadas circunstancias previstas en la ley.

Lo que aparentemente significa solo una distinción de forma, trae consigo consecuencias importantes en la terminología a utilizar, en tanto según esta línea, no existen personas totalmente incapaces, solo personas que no pueden ejercer su capacidad.

Señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en una de sus acepciones, que la capacidad debe ser entendida como la aptitud y suficiencia para algo, término que al adicionarle la categoría de jurídica —según VALDÉS DÍAZ— es la aptitud que se reconoce a las personas dotadas de personalidad para intervenir en relaciones jurídicas concretas.⁶ Así DE RUGGIERO plantea que la capacidad debe ser entendida, como la idoneidad para ser sujeto de derechos y corresponde, en general, a todo hombre, pero puede ser limitada por el ordenamiento jurídico,⁷ por tanto resulta incuestionable⁷ que el término capacidad jurídica, denota competencia en este caso como dijera DE CASTRO para ser susceptible de derechos y obligaciones,⁸ concibiendo la capacidad jurídica como una de las cualidades o manifestaciones de la personalidad, la de ser susceptible de derechos y obligaciones, lo cual en principio deviene en inalterable pero en su ejercicio puede ser susceptible de alteración o modificación, en tanto el ejercicio de la capacidad se relaciona con el estado civil del sujeto, así autores, como DE CASTRO, analiza la capacidad de obrar de la persona como “cualidad jurídica de aquella, que afecta conforme a su estado civil, a la eficacia de cada uno de sus actos”⁹, haciendo

⁶ VALDÉS DÍAZ, C. (2010). **Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana**. En: Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas De Puebla. Año IV. No. 26, pág. 41. Disponible en World Wide Web: <http://www.redalyc.org/html>. Consultado (07/11/2018)

⁷ DE RUGGIERO, R. (1929). **Instituciones de Derecho civil**. Traducción de la 4ta. edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por SERRANO SUÑER, RAMÓN y JOSÉ SANTA-CRUZ TEJEIRO, Volumen 1, Editorial Reus, Madrid, pág. 339

⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952)., op., cit., pág. 45

⁹ DE CASTRO, F. (1996). **Compendio de Derecho civil**. Tomo II, Derecho de la persona, VI. 1. °, La persona y su estado civil., Madrid, 3.ª ed, pág. 193

depender la capacidad de obrar del estado civil¹⁰ de la persona y no de la capacidad natural, distingue entre una capacidad de obrar general, y otra especial, siendo la primera “la aptitud de una persona para realizar actos con eficacia jurídica, y ésta última como la aptitud requerida para realizar con eficacia jurídica un determinado acto”.¹¹

Sin embargo, en contra de esta teoría castriana, PARRA LUCÁN advierte, que aunque la capacidad de obrar en sentido amplio depende del estado civil de la persona, y ésta tiene aquella capacidad que la Ley atribuye al estado civil que en cada momento detenta, (de mayor edad, de menor edad, de emancipado, de incapacitado, etc.), también es cierto que cada persona dentro de su estado civil tiene la capacidad de obrar que le corresponde según su capacidad natural, a la vez que la capacidad natural es la que dé lugar al cambio de estado civil.¹²

1.1.2 Capacidad Natural y el ejercicio de la capacidad

Según RODRÍGUEZ CORRÍA “la doctrina tradicional ha planteado la correspondencia entre la capacidad de obrar con el estado civil de la persona”.¹³ Según DE CASTRO¹⁴ la capacidad es el reflejo del estado civil, y se refiere a la cualidad jurídica de la persona que determina –conforme a su estado– la eficacia jurídica de sus actos. En definitiva, la capacidad de obrar, como reflejo del estado civil no es igual en toda persona, es cambiante dependiente del propio estado civil. La razón de una

¹⁰ Señala DE CASTRO que el significado etimológico de la palabra estado (a stando dicitur) señala su carácter estable o no fácilmente variable. Y es que responde el estado civil a las líneas fundamentales de la organización civil, así matrimonio, nacionalidad y en cada uno de sus tipos o relaciones de estado se distingue un número determinado de puntos en los que hay que incluir a las personas (p. ej.: casado, soltero, separado...). Puede por ello definirse como «la cualidad de la persona por su especial situación y consiguiente condición de miembro en la organización civil de la comunidad, que determina su independencia o dependencia jurídica y afecta a su capacidad de obrar (general, especial), es decir, al ámbito propio de poder y responsabilidad».

¹¹ DE CASTRO, F. (1996). op., cit., pág. 193

¹² LETE DEL RÍO, J. (1986) **Derecho de la persona**, pág. 25. Sin embargo, ALBALADEJO piensa que la capacidad natural es un requisito añadido a la capacidad de obrar general, dependiente del status, para la perfecta validez del acto en cuestión, en Derecho Civil..., tomo I, op. cit., pág. 230.

¹³ RODRÍGUEZ CORRÍA, R. (2008), op., cit., pág. 4.

¹⁴ DE CASTRO, F. (1952). **Derecho civil de España**. Madrid, pág. 41

determinada edad para tener la capacidad de obrar es que para el ejercicio de los derechos es necesario que la persona tenga inteligencia y voluntad, es decir, capacidad para entender o conocer y querer, y dicha capacidad se presupone –presunción de capacidad– por el hecho objetivo de alcanzar la mayoría de edad.

Así se ha considerado que lo verdaderamente importante es el estado civil de la persona, no la capacidad natural de entender y querer, inteligencia y voluntad. Por lo que el menor que está a punto de alcanzar la mayoría de edad no tiene capacidad de obrar debido no a su capacidad natural, posiblemente perfectamente desarrollada, sino que es incapaz por su estado civil de minoría de edad.¹⁵

Sin embargo la teoría del estado civil como determinante de la capacidad de obrar, ha sido en la actualidad superada por la doctrina y la legislación, aunque es indudable la conexión entre la capacidad de obrar y el dato objetivo de la edad.¹⁶

Se realza entonces la importancia de la capacidad natural, ya que en definitiva, siempre se tiene capacidad jurídica, pero no siempre de obrar por dos motivos: o no haber alcanzado la mayoría de edad (menor de edad) o no tener la suficiente aptitud psíquica o capacidad natural.¹⁷ En este contexto puede establecerse “un concepto de capacidad natural más allá de ser un presupuesto de la capacidad legal, sino como la capacidad de entender y querer, de discernimiento para realizar el acto jurídico en un tiempo determinado, la cual se presume por el hecho de tener la capacidad legal”.¹⁸

Los postulados doctrinales que sostienen y desarrollan la capacidad como institución jurídica, muestran la existencia de un denominador común en su entendimiento, en tanto la capacidad de obrar requiere un mínimo de madurez en el sujeto, la necesaria para poder velar por sus intereses o para gobernarse por sí mismo. Es decir, capacidad de entender y querer, pudiendo valorar la pertinencia de los actos que pretenda realizar lo que constituye un requisito indispensable para la libertad.

¹⁵ RODRÍGUEZ CORRÍA, R. (2008), op., cit., pág. 4

¹⁶ PARRA LUCÁN, M.A. *De la incapacidad*. En J. RAMS ALBESA (Coordinador), pág. 1657

¹⁷ ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho civil. Introducción y Parte General*. Decimoquinta edición, Bosch, Barcelona, págs. 230 y 231

¹⁸ RODRÍGUEZ CORRÍA, R. (2008), op., cit., pág. 5

Se puede concluir entonces, que persona es todo ser que es aceptado por la ciencia del derecho como integrante de la sociedad, a quien le es reconocido toda una gama de derechos y obligaciones, o sea, implica la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, en tanto la personalidad es un atributo de la persona, deviene en un presupuesto necesario para ser sujeto de relaciones jurídicas, reconocido por el Estado, que de la mano con la capacidad se imponen como requisitos indispensables para entrar en tráfico jurídico, en tanto se necesita ser persona para tener capacidad.

Personalidad y capacidad son dos aspectos de una misma idea. La personalidad implica la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones en general, sin embargo, la capacidad se refiere a derechos y obligaciones determinados y no constituye un derecho en sí misma, sino una condición y presupuesto de todos los derechos. Mientras la personalidad se presenta como inalterable, la capacidad está sujeta a oscilaciones.

I.1.3 Incapacidad jurídica

La presunción legal de que todos los mayores de edad tienen plena capacidad de obrar, en el mundo jurídico, puede resultar destruida cuando se constate la existencia de una anomalía en las condiciones subjetivas de la persona de la que se derive una voluntad viciada o la ausencia de voluntad, por causa de un deterioro o defecto de carácter psíquico, lo que implica que esta persona vuelva a tener la misma condición que el menor de edad, y resulte "incapacitado" para gobernarse por sí mismo.¹⁹

Esto quiere decir que el hecho de ser mayor de edad no le dará a la persona la posibilidad de actuar por sí solo, debido a que por alguna deficiencia carece de toda o parte de la voluntad requerida para realizar determinados actos, estando incapacitado para gobernarse por sí mismo, lo que trae como consecuencia que desde el punto de vista jurídico vuelva a tener la condición de un menor de edad.

¹⁹ ORTUÑO MUÑOZ, P. (1996). *Las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y la salud. La incapacitación como protección. Los internamientos en espacios residenciales*, pág. 57. Disponible en: World Wide Web: <https://www.fundacionmarianoruizfunes.com>. Consultado (08/01/2019).

Así, existen determinadas circunstancias o causas que generan incapacidad de ejercicio o de hecho, en ese sentido se han esgrimido desde la doctrina un conjunto de clasificaciones que tratan de sistematizar o agrupar estas causas, la dada por PERCIANTE RÍOS²⁰, constituye una de las clasificaciones más acabadas por lo que merece ser desarrollada a continuación.

Según su origen: Naturales: Son las que el legislador encuentra en la naturaleza, es el caso de los menores de edad, de los dementes. Normales: Aquellas por las cuales fatal y necesariamente ha de pasar toda persona, como, por ejemplo, la minoría de edad. Patológicas: Proviene de hechos que sólo afectan a algunas personas, como la demencia o el hecho de ser sordomudo que no puede darse a entender por ningún medio. Legales: Establecidas por el legislador en mérito a conveniencias de orden general.

Según su duración: Temporales: Tienen una duración limitada. Es el caso típico de la minoría de edad. Permanentes: Permanecen durante todo el transcurso de la vida del individuo, le afectan a lo largo de toda su vida, como alguna enfermedad mental.

Según sus efectos: Absolutas: Obstan a la realización de cualquier acto jurídico: Impúberes; Dementes; Sordomudos. Relativas: Impiden realizar algunos actos o permiten realizarlos limitando sus efectos.

I.1.4 Causas que inciden en la capacidad de obrar. Modificativas y no modificativas

Sobre la capacidad de obrar inciden determinadas circunstancias, unas traen consigo la modificación o limitación a dicha capacidad, por lo que retienen o suspenden, por un tiempo o definitivamente, la posibilidad de realizar actos jurídicos. Mientras que existen otras causas que influyen en el ejercicio de los derechos de las personas pero que no restringen o amplían la capacidad. Las primeras son las llamadas

²⁰ PERCIANTE RÍOS, V. *Teoría General de las Incapacidades*. En curso de Derecho Civil. Guías de Clases CCEEA- UdelaR, págs. 7,8 y 9. Disponible en World Wide Web: <https://www.PDFeva.fcea.edu.uy>. Consultado (08/01/2019).

causas modificativas, en el marco de la investigación solo serán analizadas: la edad y la enfermedad; y las segundas son las causas no modificativas, que solo se limitan a influir en la capacidad de obrar: el domicilio, la ausencia y la presunción de muerte.

Causas modificativas de la capacidad de obrar

En principio toda persona se presume capaz para realizar actos jurídicos, las limitaciones han de ser expresamente establecidas por la ley o por sentencia, por lo que todo aquello que pueda modificar su capacidad de ejercicio tendrá que ser probado. Para CASTÁN TOBEÑAS lo que puede modificar este tipo de capacidad son las circunstancias subjetivas de ciertas personas, que obligan a la ley a retardar o suspender, por un tiempo o de manera definitiva, su aptitud para realizar actos jurídicos.²¹

Varias han sido las causas modificativas de la capacidad de obrar. En este caso, solamente haremos referencia a aquellas reconocidas en el ordenamiento jurídico cubano y que resultan pertinentes para el análisis del objeto de estudio de la investigación: la edad, y la enfermedad.

Edad

Desde épocas remotas la edad ha influido en la capacidad de obrar de las personas naturales. Comenta CLEMENTE DÍAZ que esta es una de las que más ha tenido que ver en todos los pueblos a través de los años.²² Sin embargo, mucho se ha discutido sobre cuál sería la edad adecuada para lograr un buen ejercicio del derecho. Para DIEZ-PICAZO y GULLÓN²³, la mayor edad trae consigo la plena independencia de la persona y la adquisición de la plena capacidad de obrar. Afirman que la plena independencia es el resultado de la extinción de la patria potestad o de la tutela,

²¹ Citado por OGAYAR Y AYLLÓN, T. (1968). *La prodigalidad como causa modificativa de la capacidad de obrar*. En Estudios de Derecho Civil en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS, Tomo I, Editorial Gómez, S. L Gorriti, págs. 239 y 240

²² CLEMENTE DÍAZ, T. (1983). *Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, Primera Parte, ENPES, La Habana, pág. 355

²³ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (1982). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II, Edición Tecnos, Madrid, pág. 225

según sea el caso y a la cual está sometido el menor de edad, mientras que la plena capacidad se deriva de la madurez psíquica.

Antiguamente se regían por el desenvolvimiento físico, la pubertad, para decir si la persona había o no adquirido la mayoría de edad, como sucedió en Roma, pero en la actualidad se guían por el desarrollo de la mente.

Así fueron fijadas diferentes edades en distintos países y cuerpos legales, como por ejemplo los 25 años en las Partidas o los 21 en el Código de Comercio español. Sin embargo, el Código Civil de España fijó como mayoría de edad los 23, para este país hasta el año 1943 y para Cuba hasta 1916, fechas en las cuales pasó a considerarse que debían ser los 21 años. En nuestro país esta edad se mantuvo vigente hasta 1975 en que el Código de Familia reguló como mayor edad y a partir de la cual la persona era capaz para todos los actos de la vida civil los 18 años cumplidos; exceptuándose las disposiciones para casos especiales dispuestos en ley.

Anterior a esta modificación, en nuestro ordenamiento jurídico se había interesado una menor edad para fijar aquella a partir de la cual se era capaz en diferentes ámbitos como el laboral, en cuanto a la responsabilidad penal y para el servicio militar. De esta manera quedó establecida la de 16 o 17 años en dependencia del caso concreto. Por otra parte, es válido apuntar también las regulaciones de los Códigos Civiles de las ex-repúblicas socialistas como la RDA, Polonia, Hungría, la URSS, entre otros, que coincidían en reflejar los 18 años como la edad que definía la plena capacidad para las personas.

Pero no todo individuo estaba imposibilitado de realizar cualquier acto jurídico por el hecho de no haber alcanzado la mayoría de edad, sino que se recogían otras edades menores a esta a partir de las cuales se les permitía llevar a cabo algunos actos. De ahí que se les permitiera a las hembras mayores de 12 y a los varones mayores de 14 contraer matrimonio. Edades estas que fueron aumentadas más tarde por el vigente Código de Familia cubano; disponiendo 14 para las hembras y 16 para los varones. Los menores también podían adquirir las posesiones de las cosas, pero requerían la asistencia de sus representantes legales para hacer uso de los derechos derivados de esta.

Por su parte, los Códigos Civiles de las antiguas repúblicas socialistas no se quedaron atrás y recogieron en sus preceptos la llamada capacidad restringida. Como ejemplos podemos citar que los menores comprendidos entre los 6 y 18 años podían adquirir derechos y contraer obligaciones, pero con la aprobación de sus representantes legales; mientras que aquellos que habían cumplido los 16 podían celebrar contratos siempre que las obligaciones de pago contraídas pudieran cumplirse con el patrimonio propio.

Enfermedad

La enfermedad es también una de las causas que ha incidido en la capacidad de obrar desde tiempos remotos, pero no era tratada de la misma manera en todos los pueblos; y su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos actuales se diferencia en algunos aspectos del tratamiento jurídico dado en los antiguos. De manera general se recogieron a través de la historia como enfermedades físicas la impotencia, la sordera, la mudez, sordomudez, ceguera, parálisis, lepra, epilepsia, sonambulismo, alcoholismo, entre otras y dentro de las mentales la locura, la imbecilidad, el delirio febril, la cólera, etcétera.

Por tanto, podemos decir que no toda enfermedad influye en la capacidad de ejercicio de los derechos de una persona, solo cuando esta afecta el desenvolvimiento voluntario y consciente del individuo. CASTÁN TOBEÑAS, al referirse a la misma como causa que limita la capacidad de obrar de los individuos plantea que: “La enfermedad, por sí sola, no influye en la capacidad, pero si causa perturbación en las facultades intelectuales, alterando las funciones normales de la voluntad, es considerada como causa modificativa de aquella.”²⁴ Mientras que CLEMENTE DÍAZ al definirla como causa que limita la capacidad de obrar en el ser humano refiere que es: “toda alteración en las condiciones normales de vida del individuo.”²⁵

En la actualidad se conserva la clasificación de la enfermedad en físicas y mentales, y se mantiene que las físicas privan de la capacidad de ejercicio cuando no permiten

²⁴ Citado por OGAYAR Y AYLLÓN, T. (1968), op., cit., pág. 241.

²⁵ CLEMENTE DÍAZ, T. (1983), op. cit., pág. 372

que la persona actúe inequívocamente. De lo contrario, solo se impide la intervención del hombre en determinados actos.²⁶

I.2 Especial referencia a la discapacidad intelectual, su relación con el ejercicio de la capacidad

I.2.1 Personas con discapacidad intelectual

La discapacidad intelectual o retraso mental como también se le conoce, es definida por TAMARIT como una "Discapacidad caracterizada por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa que se manifiesta en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad comienza antes de los 18 años de edad".²⁷

En el primer grupo se encuentra el retraso mental leve, presentando un coeficiente intelectual entre 50 y 69, su detección es tardía, generalmente en la edad escolar, presentan lentitud en la asimilación del lenguaje y un desarrollo insuficiente de las funciones generalizadora y reguladora del mismo, muestran dificultades escolares con repetidos fracasos, sobre la base de su insuficiente actividad cognoscitiva y en la adultez consiguen habilidades sociales y vocacionales adecuadas, aunque pueden llegar a necesitar guía y asistencia bajo un estrés económico o social.

Dentro del segundo grupo se encuentra el retraso mental moderado, mostrando un coeficiente intelectual entre 35 y 49, generalmente se detecta en la edad preescolar tardía, el habla se adquiere tardíamente, con mucha dificultad y el vocabulario resulta ser pobre y escaso, necesitan de una mayor supervisión y guía que los anteriores, poseen dificultades en todos los procesos, principalmente en los cognoscitivos y pueden conseguir automantenerse en la adultez, pero en situaciones económicas complicadas o socialmente tensas necesitan de supervisión y ayuda.

²⁶ Por ejemplo, los ciegos o sordos no pueden ser testigos de un documento notarial para declarar sobre hechos cuyo conocimiento les está impedido en razón de su limitación, Artículo 30 de la Ley de las Notarías Estatales.

²⁷ TAMARIT, J. (2005). *Discapacidad intelectual*. En M. G. Milla y F. Mulas (Coord): Manual de atención temprana. Valencia: Ed. Promolibro, pág. 9

En el tercer grupo se encuentra el retraso mental severo, mostrando un coeficiente intelectual entre 20 y 34, su detección se produce desde los primeros años de vida de la persona, si se adquiere lenguaje, se logra tardíamente, pero resulta rudimentario, su actividad intelectual es muy limitada, lo que los hace poco capacitados para actividades que requieran cierto desarrollo del intelecto con determinados fines, tienen necesidad de supervisión y guía ya que desconocen el peligro y cuando llegan a ser adultos pueden contribuir parcialmente a su automantenimiento bajo supervisión y en un entorno controlado.

Para concluir en el último de los grupos se encuentra el retraso mental profundo, mostrando un coeficiente intelectual menor de 20, su detección es temprana, prácticamente desde el mismo momento del nacimiento, por regla general no hablan, solo emiten sonidos aislados y espontáneos y, en ocasiones, no entienden el lenguaje de los demás, el desarrollo de su actividad intelectual es muy limitado, presentan escasa conducta socializada tanto en la niñez como en la adultez y tienen necesidad de cuidados.

El campo de la Discapacidad Intelectual (D.I.)²⁸ está actualmente en un estado cambiante no sólo respecto a una comprensión más plena de la condición de Discapacidad Intelectual, sino también sobre el lenguaje y proceso empleado en su denominación, definición y clasificación.²⁹

El retraso mental constituye un estado que se expresa a través de la interacción de una persona con limitaciones significativas y el entorno en que esta vive. Emerge así no solo una forma de entender la definición de discapacidad intelectual o retraso mental, en su terminología, sino un modo esencialmente diferente de comprender las necesidades de estas personas y un planteamiento también diferente de afrontar la intervención, es decir, los apoyos.

La discapacidad intelectual no debe considerarse como un elemento propio

²⁸ En lo adelante se entenderá por Discapacidad Intelectual.

²⁹ COLECTIVO DE AUTORES. (2014). **Discapacidad Intelectual 10**. En: Manual de atención al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo derivadas de discapacidad intelectual, pág. 8. Disponible en World Wide Web: <http://www.upla.cl/inclusion/>. Consultado (11/11/2018)

únicamente de la persona, sino como una expresión de la interacción entre esta y el entorno. Es entendida como un estado de funcionamiento del individuo, dejando por tanto de identificarla como una característica de la misma, pues no constituye un elemento permanente o inamovible ya que puede variar significativamente en función de los apoyos que reciba.

La American Association on Intellectual and Developmental Disabilities (AAIDD)³⁰, estableció cinco dimensiones³¹ en el campo de la discapacidad intelectual de necesario abordaje en el entendimiento del mencionado campo:

Dimensión I: Habilidades intelectuales. La inteligencia se considera una capacidad mental general que incluye razonamiento, planificación, solución de problemas, pensamiento abstracto y comprensión de ideas.

Dimensión II: Conducta adaptativa (habilidades conceptuales, sociales y prácticas). La conducta adaptativa se entiende como el conjunto de habilidades conceptuales, sociales y prácticas aprendidas por las personas para funcionar en su vida diaria.

Habilidades conceptuales: lenguaje, lectura y escritura, y conceptos relativos al dinero, el tiempo y los números.

Habilidades sociales: habilidades interpersonales, responsabilidad social, autoestima, candidez, ingenuidad, seguimiento de reglas y normas, evitar la victimización y resolución de problemas sociales.

Habilidades prácticas: actividades de la vida diaria como el cuidado personal, habilidades ocupacionales, seguridad, cuidado de la salud, viajes/ desplazamientos, programación/ rutinas y uso del teléfono o manejo del dinero, entre otras.

Dimensión III: Salud (salud física, mental y factores etiológicos). La salud es aquí entendida en su más amplio sentido: un estado de completo bienestar biológico, mental, social y espiritual. Las personas con discapacidad intelectual pueden tener dificultad para reconocer sus problemas físicos y de salud mental, para gestionar su

³⁰ En lo adelante American Association on Intellectual and Developmental Disabilities

³¹ COLECTIVO DE AUTORES. (2014)., op., cit., págs. 9 y 10

atención en los servicios de salud, para comunicar sus síntomas y sentimientos, y para comprender y ejecutar los planes de tratamiento y su seguimiento.

Dimensión IV: Participación, interacciones y roles sociales. La participación es la actuación de las personas en actividades diarias en los distintos ámbitos de la sociedad, cómo se relaciona y participa en las actividades y los recursos que su comunidad le ofrece. Los roles sociales o estatus se refieren a un conjunto de actividades valoradas como normales para un grupo específico de edad. Pueden referirse a aspectos personales, escolares, laborales, comunitarios, de ocio, espirituales o de otro tipo. Es decir, cómo la comunidad percibe y valora al individuo, y a su vez qué funciones realiza el individuo dentro de su comunidad.

Dimensión V: Contexto (ambientes y cultura). Esta dimensión describe las condiciones interrelacionadas en las cuales las personas viven diariamente. Se describen tres niveles de acuerdo con su proximidad al individuo en los cuales interactúan e influyen en distinto grado en la vida de la persona.

- Microsistema: Familia y/o personas más próximas.
- Mesosistema: Vecindario, barrio, servicios educativos, laborales etc.
- Macrosistema: Los patrones generales de una cultura, la sociedad, la población.

Es evidente que la discapacidad intelectual no se manifiesta solo en el campo del coeficiente intelectual, por el contrario, es multicondicionada como multicondicionado es el ser humano como ser social, siendo así que una persona puede no tener el coeficiente intelectual según la norma y lograr sostener relaciones cotidianas de vida según lo esperado y viceversa. Por otra parte, aún y cuando, es notorio, que todas las discapacidades generan en definitiva una limitación en la autonomía personal de individuo, en el caso de la discapacidad intelectual, resulta más difícil determinar el alcance de la referida limitación y la forma en que esta va interferir en el desempeño de la persona afectada, lo que deviene en el hecho innegable de que la persona con DI necesitará, generalmente, de un auxilio o complemento para realizar las actividades de mayor complejidad en el desarrollo de su vida.

I.2.2 Capacidad y discapacidad. Aparentemente opuestos

Desde el punto de vista semántico, el concepto de capacidad es opuesto al de discapacidad,³² es decir, aparecen como antónimos, como lucha de contrarios, que indican extremos diferentes, el tener o no capacidad o lo que es lo mismo, aptitud o no para la realización de determinados actos. Sin embargo, cuando se hace un análisis detallado, se puede decir que la discapacidad pudiera considerarse una categoría intermedia entre capacidad e incapacidad.

Para la Organización Mundial de la Salud, discapacidad implica toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano.³³

Siguiendo esta definición, se puede considerar que: persona discapacitada, es aquella cuya autonomía personal se encuentra afectada en diferentes grados y con diversas implicaciones, como consecuencia de deficiencias ya sea en su condición psíquica, física o sensorial lo cual va a interferir directamente en su desempeño. A causa de estas deficiencias la capacidad de estas personas va a limitar o lo que es lo mismo, se va a restringir, lo que implica que al realizar determinada actividad no se hará en la forma o dentro del margen que se considera a una persona con plena capacidad.

Existen varias discapacidades, pero ninguna tiene las mismas características ni producen en las personas los mismos efectos. Algunas incapacitan por completo al individuo, otras solo afectan determinados sentidos y cualidades del mismo permitiéndoles a las personas mantener su capacidad de obrar

Siguiendo el criterio de VALDÉS DÍAZ,³⁴ afirma, que en materia de derecho civil, capacidad y discapacidad no necesariamente son conceptos opuestos. No es válido afirmar entonces que la ineptitud física o psíquica genera siempre una incapacidad

³² VALDÉS DÍAZ, C. (2006). ***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 Dra. OLGA MESA CASTILLO, Rubinzal-Culzoni, Argentina, pág. 569

³³ VALDÉS DÍAZ, C. (2010), op., cit., pág. 3

³⁴ VALDÉS DÍAZ, C. (2006), op., cit., pág. 570

para realizar todos los actos jurídicos; sino que depende del tipo de acto del que se trate. Por consiguiente, no siempre la persona con discapacidad requerirá de un complemento para el ejercicio de su capacidad, el ordenamiento jurídico deberá adecuarse a la diferencia de la persona. Partiendo del hecho de que la discapacidad es tan solo una diferencia como diversos son los individuos, el acto en las personas con discapacidades físicas³⁵ solo ha de efectuarse de forma diferente como diferente es la característica de esa persona. Sin embargo, es válido destacar, que, en la discapacidad intelectual, no sucede exactamente igual, en este caso, la persona sí requerirá generalmente de algún tipo de apoyo en el ejercicio de su capacidad, teniendo en cuenta el alcance o nivel de la misma como ya se pudo apreciar en el abordaje de la misma.

Por otra parte, en el discapacitado la incapacidad solo procedería cuando se pruebe que su discapacidad lo priva de cabal juicio, de la posibilidad real de querer y entender, y de poder manifestar o expresar su voluntad adecuadamente; de lo contrario no tendría ésta significado jurídico.³⁶

Si capacidad–discapacidad no son términos contrarios para el Derecho Civil obligadamente y muchas veces la persona con discapacidades está apta para el ejercicio de sus derechos, es preciso admitir que el problema de la integración de ésta a la vida socio–jurídica depende no sólo de aspectos biológicos, sino que se trata de un tema complejo que hay que analizar partiendo del contexto político, social y económico de cada Estado, así como de los valores éticos y culturales de la sociedad. Fijado el grado de discapacidad es perfectamente determinable si el discapacitado necesita del concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria o si por el contrario puede desarrollarlos por sí solo.³⁷

³⁵ Las discapacidades físicas pueden agruparse de la siguiente manera: discapacidad visual, auditiva, personas sordociegas, discapacidades físico-motoras.

³⁶ VALDÉS LAGO, L. (2009). ***El ejercicio de la capacidad por los discapacitados en el Derecho Civil Cubano. Especial referencia a los contratos y testamentos.*** Tesis de especialidad en Derecho Civil y Patrimonial de Familia. Santa Clara, Cuba, pág. 28

³⁷ BOX NARANJO, L. (2008). ***Una mirada a la regulación jurídica de la capacidad restringida en Cuba***. Tesis para optar por el título de especialista en derecho civil y patrimonial de familia. Sancti Spiritus. Cuba. pág. 17

En el marco legal, las personas con discapacidad están expuestas a situaciones de discriminación y exclusión social que les impide ejercitar sus derechos y obligaciones al igual que el resto, haciéndoseles difícil participar plenamente en las actividades ordinarias en que viven. En las dos últimas décadas el enfoque hacia los discapacitados ha cambiado, dejando atrás el enfoque médico, asistencial y caritativo para comenzar a ser vistos como sujetos portadores de derechos.³⁸

I.3 La Restricción de la capacidad. Condición intermedia entre Capacidad e Incapacidad de obrar

La capacidad de obrar limitada, objeto de este análisis, se refiere a una serie de actos que puede realizar el sujeto por sí mismo pero que, para ser válidos, necesitan del consentimiento, cooperación o asistencia de otra persona, que complementa su capacidad.³⁹

La figura de la capacidad restringida no es invención de las legislaciones modernas. Desde la antigüedad se han establecido parámetros para determinar el ámbito de actuación de una persona, conforme con sus aptitudes para ser sujeto de una relación jurídica: de ahí que se establecieran grados de edades, en correspondencia con los actos permitidos.⁴⁰

O' CALLAGHAN la define como: "(...) el grado intermedio de la capacidad de obrar; la persona con esta capacidad actúa por sí misma en el mundo jurídico, pero precisa de un complemento de capacidad para la validez de ciertos actos jurídicos".⁴¹ Es una limitación parcial de la capacidad de obrar, en la que se establece como presunción, la aptitud para gozar de ciertos derechos y obligaciones sin auxilio de terceros y, al mismo tiempo, que la propia persona estará imposibilitada de actuar por sí en

³⁸ BÁEZ CISNEROS, M Y PEÑA RIVERÓN, L. (2012), op., cit., pág. 2

³⁹ FRANCO CASTELLANOS, C. **Análisis del artículo 30 del código civil cubano**. Disponible en World Wide Web: <https://www.monografias.com/index.html>. Consultado (14/11/2018)

⁴⁰ PÉREZ GALLARDO, L. (2006). **La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda**. IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia, Cuba.

⁴¹ O'CALLAGHAN, X. (2000). **La declaración de incapacidad, en La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales**. 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, pág. 47

determinados actos jurídicos, requiriendo el auxilio de una persona destinada a estos fines.

En consonancia con lo anterior se afirma que aquella persona que tenga plena capacidad de obrar será titular de derechos y obligaciones y podrá realizar cualquier acto jurídico sin necesidad de ayuda alguna, sin embargo, toda persona con capacidad restringida tendrá limitado el goce de ciertos derechos y obligaciones, así como la realización de determinados actos jurídicos para quienes será imprescindible el auxilio de terceros.

La capacidad restringida, por imperativo legal, reduce las facultades de obrar de una persona, sin considerarla por ello como incapaz. Le otorga la especial condición de apta para ciertas circunstancias que en otras no le reconoce y le fija un ámbito limitado para su actuación. Aspecto que no se logra ni con el reconocimiento de la capacidad, ni con su total exclusión,⁴² por consiguiente la persona sometida a este estado intermedio de incapacitación necesitará de un auxilio o complemento, pero no sustitución, en el ejercicio de sus actos en tráfico jurídico para que estos sean válidos.

I.3.1. Los apoyos como complemento para la capacidad restringida.

Un mecanismo para complementar la capacidad restringida es la utilización de los Apoyos previstos en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (CPCD)⁴³ aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, de la cual Cuba es signataria. Como punto de partida se presume la capacidad de toda persona para tomar sus propias decisiones, reservando la declaración de incapacidad para supuestos de extremísima gravedad y luego de haber agotado todos los recursos disponibles para favorecer su pleno ejercicio. A sus vez también pueden observarse diferentes niveles y tipos de apoyo, un primer nivel será aquel en el cual la persona requiere de apoyos mínimos para la toma de sus propias decisiones, por ejemplo: relacionados con el lenguaje o

⁴² DÍAZ MAGRANS, M. (2006). *La persona individual*. Derecho Civil. Parte General, Ed. Félix Varela, pág. 108

⁴³ En lo adelante Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

con aspectos tecnológicos que puedan facilitarles la comunicación, un segundo nivel consiste en la toma de decisiones asistidas en la cual la persona con discapacidad recibe la asistencia concreta para la toma de decisiones por parte de un tercero de su confianza y finalmente un tercer nivel está dado por la toma de decisiones facilitadas para aquellos casos extremos en los que las preferencias y voluntad no pueden expresarse ni concederse de manera fehaciente⁴⁴ debiendo este constituirse en la última instancia a la cual recurrir.

Toda persona puede progresar si se le ofrecen los apoyos adecuados. El problema de no progresar no es de la persona y sus deficiencias, es un reto del entorno proporcionar diferentes sistemas de apoyo que hagan que avance hacia una mayor calidad de vida. Si bien el concepto de apoyo no era nuevo, sí lo era “la creencia de que una juiciosa aplicación de los apoyos puede mejorar las capacidades funcionales de las personas con retraso mental”.⁴⁵

Siguiendo la idea anterior puede expresarse que las distintas medidas de apoyo siempre podrán emplearse en todos los ámbitos del desenvolvimiento de la persona con discapacidad. Por ende, el sistema de apoyo resulta una herramienta de complemento, que permita a las personas discapacitadas tomar sus propias decisiones desde las posibilidades y potencialidades. Es oportuno resaltar que los apoyos pueden ser singulares o plurales, esto significa, que dichos sistemas pueden conformarse tanto con familiares, operadores externos, trabajadores sociales, instituciones o bien una o varias de estas operaciones, juntas o separadas. Por otra parte, las medidas de apoyo según el grado de afectación de los derechos, podrán tener diferente intensidad que faciliten a las personas que lo necesiten la toma de decisiones, más allá de las formas que aquel sistema pudiera tener, el objetivo del apoyo no es la protección de la persona sino la promoción de sus derechos.

⁴⁴ COTIGNOLA, S. (2015). **De la curatela al sistema de apoyos. Cambio de paradigma a la luz del nuevo Código Civil y Comercial Unificado**. En Diario Zonal de la Mañana. Campaña, BS.AS. Argentina. Disponible en: World Wide Web: <https://www.laautenticadefenza.net>. Consultado (12/02/2019)

⁴⁵ GALIANO MARITAN, G. (2012), op., cit., pág. 11

El apoyo atiende a instancias previas pues su finalidad es que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informarla, colaborando para su comprensión o razonamiento, e incluso si la persona logra tomar decisión razonada, el apoyo podría ni siquiera estar presente en el momento de celebración del acto.⁴⁶

Los apoyos se clasifican en base a la intensidad que la persona en situación de dependencia necesita para poder desenvolverse con normalidad en su entorno. Existen cuatro tipos de intensidad de los apoyos⁴⁷ que serán desarrollados a continuación:

1. Intermittente: los apoyos se proporcionan cuando se necesitan. Esto significa que no siempre son necesarios, o que sólo son necesarios durante períodos cortos que coinciden con las transiciones de la vida. Los apoyos intermitentes pueden ser de intensidad alta o baja.
2. Limitado: esta intensidad de apoyo se caracteriza por su consistencia en el tiempo, por un tiempo limitado, pero no intermitente. Puede exigir un coste inferior y menos personal que otros niveles más intensos de apoyo.
3. Extenso: se definen por la implicación continua y regular, por ejemplo, cada día, en relación a algunos entornos y sin límite de tiempo. Constituye un apoyo a largo plazo en el trabajo.
4. Generalizado: la constancia y alta intensidad caracterizan este tipo de apoyo. Se proporciona en distintos entornos y son, potencialmente, para toda la vida. Normalmente son más intrusivos y exigen más atención personal que las otras intensidades de apoyo.

Puede afirmarse entonces que la dependencia es “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o

⁴⁶ COTIGNOLA, S. (2015), op., cit., pág. 44

⁴⁷ SERRANO, V. (2017). **Intensidad, frecuencia, tipos de apoyo y grado de dependencia**. Disponible en World Wide Web: <http://www.psicosociosanitario.blogspot.comy.html>. Consultado (18/12/2018)

ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.⁴⁸

En consonancia con lo anteriormente expresado es oportuno significar los grados de dependencia:⁴⁹

Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

I.3.2 Instituciones jurídicas de asistencia a las personas con capacidad restringida. Especial referencia a la Curatela.

Varias han sido las instituciones tuitivas de asistencia reconocidas por las ciencias jurídicas a fin de completar el ejercicio de la capacidad en aquellas personas que se encuentran sujetas a un estado de incapacitación total o parcial, ya sea por carecer de total voluntad, conciencia e inteligencia o por tener alguna limitación que prive parcialmente al sujeto de estos elementos, entre las que se encuentran, la tutela, la patria potestad prorrogada, y la curatela, siendo esta última la figura de guarda idónea, para llevar a cabo la misión de complemento en las personas con capacidad

⁴⁸ SERRANO, V. (2017)., op., cit., pág. 2

⁴⁹ SERRANO, V. (2017)., op., cit., pág. 3

restringida como lo pueden ser los discapacitados intelectuales en un grado leve de manifestación de la discapacidad.

La Tutela tiene su razón de ser ante la defensa y cuidado de las personas e intereses de los que se ven privados de sus naturales defensores sin que por su edad o por otras causas pueden defenderse por sí mismos, la misma data desde los romanos, quienes además concibieron para esta función, también la curatela.⁵⁰

La referida institución de guarda cumple la función genérica de suplir la patria potestad constituyéndose sobre menores e incapacitados, en el caso de los menores de edad no sometidos a ella. En la tutela se tiene por objeto la representación legal, protección y cuidado de forma generalmente estable de la persona y patrimonio de aquellos que debido a su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse por sí mismo.⁵¹ Véase también en la tutela, el carácter generalmente estable de protección permanente, destinada a suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella, la que además está sujeta a una amplia normativa dada la extensión de su función respecto a las obligaciones y responsabilidades que entraña. En la tutela existe verdadera representación legal, cuyas facultades están previstas en la ley.

Ahora bien, puede darse el caso de que la persona adolezca de alguna enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que anule o impida el ejercicio por sí de sus derechos, y se prevea desde su minoría de edad que se prolongará por un largo período de tiempo, aun después de su mayoría de edad, ante lo cual se demanda protección mediante instituciones tuitivas del Derecho de Familia, previa declaración

⁵⁰ BÁEZ CISNEROS, M Y PEÑA RIVERÓN, L. (2012). **Necesidad de instituir La Curatela en el ordenamiento jurídico cubano. En contribuciones a las Ciencias Sociales.** Disponible en: World Wide Web: <https://www.eumed.net>. Consultado (10/02/2019)

⁵¹ El término gobernarse por sí mismo hace alusión no solo a que una persona pueda por sí misma cumplir sus funciones vitales, dígase higiénicas, de alimentación, o de movilidad, sino que pueda llevar a cabo todos los actos o negocios jurídicos que requiere la vida ordinaria, desde los más elementales como cubrir sus necesidades de transporte hasta gestionar su patrimonio. De ahí pues, que la capacidad de autogobierno esté referida al normal comportamiento de una persona de acuerdo a su vida, relaciones personales, sociales y patrimoniales.

judicial de incapacidad,⁵² de manera que, llegando al momento de la mayoría de edad y bajo el supuesto anteriormente concebido puede la patria potestad prorrogarse, por ministerio de la ley, con la extensión y alcance que determine la resolución judicial que determine la incapacidad.

La patria potestad prorrogada es una institución por la cual se continúa el ejercicio de la patria potestad de los padres con iguales prerrogativas que las que tenía concebida, esto se hace en aras de lograr mayor protección de los hijos y evitar la promoción del expediente de tutela ante los tribunales con todos los inconvenientes que le traería a los padres, en los casos en que los hijos menores, en previsión del grado de discapacidad padecido, máxime si estamos hablando de una enfermedad mental profunda que le ha imposibilitado desde su nacimiento su realización personal individual, se declaran judicialmente incapacitado, antes de arribar a la mayoría de edad.⁵³ Como requisitos esenciales para que tenga lugar la patria potestad prorrogada se encuentran, en primer lugar que el menor debe estar sujeto a la patria potestad y no al régimen de tutela, en segundo lugar; debe padecer alguna enfermedad o deficiencia psíquica o física duradera que le imposibilite gobernarse por sí mismo al llegar a la mayoría de edad y por último; que sea declarado incapacitado judicialmente en fecha cercana a la determinada para la obtención de la patria potestad.⁵⁴

En esencia, cuando la incapacidad no se debe a la minoría de edad, sino al padecimiento de una enfermedad, que previsiblemente perdurará después de su mayoría de edad, se implementa en la actualidad la patria potestad prorrogada como instituto garantista para la protección de los descendientes.⁵⁵

Por otra parte, la curatela es una institución de guarda que ampara situaciones

⁵² SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. (2005). ***La patria potestad prorrogada en Cuba. valoraciones esenciales para su normalización.*** En Revista chilena de Derecho y Ciencias Políticas. Disponible en: World Wide Web <http://www.researchgate.net/publication/311472227>. Consultado (16/05/2018)

⁵³ ***La protección patrimonial de los incapaces en la Legislación Civil y Familiar Cubana.*** Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales. Disponible en World Wide Web <http://www.eumed.net/l>. Consultado (17/05/2018)

⁵⁴ SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. (2005)., op., cit., pág. 44

⁵⁵ SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. (2005)., op., cit., pág. 43

pasajeras, accidentales, más o menos temporales y circunstanciales, destinadas a actos singulares para los que se requiere un complemento de capacidad a quienes la poseen, pero con carácter limitado o insuficiente. Del breve análisis conceptual resulta evidente que esta institución tiene como propósito brindar asistencia a aquellos que requieren que su capacidad sea complementada.

La curatela es definida como instituto de asistencia tutelar que se distingue de la tutela por la delimitación de su cometido o porque el sujeto sometido a curatela no carece de capacidad siendo su fin la asistencia de las personas para actos que puede realizar por sí, pero con el complemento del curador, la curatela tiene carácter estable, pero no permanente, al ser de actuación intermitente, como afirma ÁLVAREZ TABÍO “destinada al complemento de la capacidad de obrar, porque el sujeto a esta forma de guarda legal si tiene capacidad de obrar pero no completa; el curador, en este caso completa la capacidad de obrar del sujeto sometido”.⁵⁶

Por otra parte, es dable decir, que la curatela puede ser iniciada por los padres, los hijos, el cónyuge u otros familiares de la persona discapacitada y constituye una facultad de la autoridad judicial designar quién será el curador, además el cargo de curador no solo es renunciable, sino que además puede ser retribuido económicamente.⁵⁷

En el caso de que la persona que va a ser sometida a la curatela haya estado anteriormente bajo el régimen de tutela, se establecerá, que será su curador aquel que fue su tutor. A no ser, como única excepción, que el juez dictamine cosa distinta.

En la curatela no es necesario suplir la capacidad del curatelado como en la tutela, sino complementarla transitoriamente y para los actos legales que se requiera por ley. Su aplicación es mucho más restringida que la de la tutela, pues no se utiliza a

⁵⁶ ALVAREZ TABÍO, A. (2006). ***Evolución del concepto de la curatela***. Discapacidad o Curatela en Colectivo de Autores. Nuevos Perfiles del Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Dra. MESA CASTILLO, Olga. Primera Edición, Rubinzal-Culzoni, Argentina, pág. 610

⁵⁷ PÉREZ PORTO, J Y MERINO, M. (2017). ***Definición de la Curatela***. Disponible en: World Wide Web: <https://www.definición.de/curatela/> . Consultado (12/02/2019)

los fines de ejercer vigilancia y cuidado general sobre el necesitado.

Su función es de asistencia o vigilancia, de protección ad hoc a cada caso concreto atendiendo a la intensidad de la deficiencia que afecta la capacidad de obrar y necesitada de ser completada, predominantemente en el ámbito patrimonial, pero no necesariamente restringido a él. En la curatela no existe ni se precisa representación legal al estar limitada, ya sea por orden de ley o porque así lo defina la sentencia de incapacitación, en este supuesto la curatela lo que hace es complementar la capacidad del curatelado en las actuaciones concretas señaladas en la sentencia.⁵⁸

Los actos jurídicos realizados sin contar con la intervención del curador, si esta resultara necesaria, se procederán a anular. La curatela podrá extinguirse en el caso de que el sometido a ella deje de ser pródigo, cuando haya alcanzado la mayoría de edad, cuando haya sido adoptado o cuando fallezca. De igual forma ocurre, cuando el sometido se recupere de la incapacidad o cuando la declaración de esta quede sin efecto.

Por último, se puede precisar que, aunque la tutela, la patria potestad prorrogada y la curatela, son institutos de guarda y protección, estas tienen a su cargo objetos diferentes. La tutela sustituye el ejercicio de la capacidad del sujeto sometido a ella, en tanto este es incapaz de obrar, por otro lado, la patria potestad prorrogada igualmente sustituye el ejercicio de la capacidad en las personas sometidas a ella en tanto estas continúan bajo la protección de la patria potestad, aun en mayoría de edad, pero incapaz de autogobernarse. En cambio, la curatela lo que hace es integrar, completar la capacidad de quienes, aun siendo capaces, necesitan ser vigilados, controlados, aconsejados o asistidos para concluir determinados actos jurídicos patrimoniales o no, respetando la esfera de actuación del sometido a curatela sin soluciones extremas.

⁵⁸ GALIANO MARITAN, G. (2012). *La tutela y la curatela. Propositiones de lege ferenda en el ámbito civil y familiar cubano*, págs. 5-7. Disponible en: World Wide Web: <https://www.dialnet.uniroja.es>. Consultado (09/01/2019)

En esencia, a partir de lo abordado en este epígrafe, se puede decir que la capacidad restringida constituye la condición intermedia entre capacidad e incapacidad, la persona que se encuentra en este estado actúa por sí misma en el mundo jurídico, pero precisa de un complemento de capacidad para la validez de ciertos actos jurídicos debido a que se establece una esfera de actuación parcial ya que tienen previamente determinado su ámbito de ejercicio que no incluye a todas las actuaciones permitidas por el ordenamiento jurídico y para que los actos realizados gocen de validez, dependen de su inclusión en su esfera de actuación o de si los realiza con el mencionado complemento a la capacidad, de lo contrario, podrán ser declarados nulos, salvo ratificación posterior por quien ostente su guarda. Por último, es preciso destacar que requiere de un régimen especial de protección, ya que en estos supuestos no hay representación distinguiéndose del de los incapaces por las funciones a las que se está sujeto y las cualidades de la persona que lo requiere, de ahí la distinción, constituyendo la curatela el régimen idóneo de complemento para las personas que actúen en el tráfico jurídico con capacidad restringida.

I.4 La Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y su implementación en legislaciones foráneas. Argentina y España

I.4.1 Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Un nuevo paradigma en el enfoque de la capacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD),⁵⁹ fue aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) el día 13 de diciembre de 2006. Es dable preguntarse, ¿Por qué la existencia de una Convención específica para las personas con discapacidad?, y la respuesta está en que a pesar de que en tratados internacionales se habían reconocido y proclamado derechos a estas personas, los sistemas de seguimiento internacional sobre la observancia de los Derechos Humanos alertaban en cuanto a las diferencias en el acceso a dichos derechos, que incluso en algunos casos se reflejan como alarmantes violaciones

⁵⁹ En lo adelante Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

sistemáticas. Nace así la CDPD, que en su artículo 1 primer párrafo, define como su objetivo "...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad,⁶⁰ y promover el respeto de su dignidad inherente". El artículo 5 de la CDPD,⁶¹ prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad, definiéndola con carácter amplio como cualquier forma de exclusión o restricción de las personas con discapacidad, que obstaculice el goce pleno de todos derechos en condiciones de igualdad.⁶² Especial análisis merece el artículo 12 de la citada Convención, del cual se desprende reconocimiento en igualdad de condiciones como persona ante la ley.⁶³ De gran impacto en el régimen de capacidad resulta el apartado tercero y cuarto del

⁶⁰ **Cfr. Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.** Artículo 1. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

⁶¹ **Cfr. Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.** Artículo 5. Igualdad y no discriminación

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

⁶² **Cfr. Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.** Artículo 2 tercer párrafo "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo".

⁶³ **Cfr. Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.** Artículo 12 Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica

Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

mencionado artículo,⁶⁴ consagrando el derecho de las personas discapacitadas al acceso a los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica así como la existencia de salvaguardias que garanticen el goce seguro de la capacidad jurídica. Por último no se puede dejar de mencionar el apartado quinto referido a la esfera patrimonial de las personas con discapacidad cuando afirma que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

El reconocimiento de la capacidad jurídica constituye la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos. En este sentido, se ha destacado el valor instrumental del referido artículo 12 para el disfrute de todos los derechos reconocidos en la CDPD y por tanto también en las legislaciones internas. De este modo el reemplazo del sistema de sustitución e incapacitación por el sistema de apoyo en la toma de decisiones resulta crucial para la plena materialización del cambio de paradigma que la Convención impone, su contemplación como auténticos sujetos de derechos capaces de ejercerlos por sí mismos, con la asistencia adecuada. Por su parte, el sistema de apoyo, en la toma de decisiones, ya tratado anteriormente, constituye un pilar imprescindible para garantizar a las personas con discapacidad la igualdad en el

⁶⁴**Cfr. Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.** Artículo 12.3. los Estados parte a adoptar “...las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Artículo 12.4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

ejercicio de su capacidad jurídica reconocida en el citado artículo 12.2 de la CDPD. Es preciso resaltar que el apoyo puede adoptar múltiples formas y actuar en diversas áreas, según lo consagra el artículo 4 incisos g) y h) ⁶⁵ y el artículo 23 tercer apartado de la CDPD.⁶⁶

Cuba es signataria de la Convención desde el año 2007 imponiéndose la necesidad de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de toda índole para hacer efectivo los derechos reconocidos en la citada norma internacional,⁶⁷ de lo que deviene una importante contradicción con nuestro ordenamiento jurídico en materia

⁶⁵ **Cfr. Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.** Artículo 4. Obligaciones generales

Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;

h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;

⁶⁶ **Cfr. Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.** Artículo 23. Respeto del hogar y de la familia

Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

⁶⁷ **Cfr. Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.** Artículo 4. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad". "A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad.

civil, que será abordado de manera particular en el segundo capítulo de la presente investigación.

Países como Argentina y España signatarios de la CDPD, en su regulación civil interna implementan los postulados fundamentales de la citada norma, encontrando en la restricción de la capacidad, la curatela, los apoyos y la declaración de la capacidad restringida la regulación sustantiva y adjetiva respectivamente que permita igualar a las personas con discapacidad en la adquisición de derechos y obligaciones al resto de las personas.

I.4.2. Implementación de la CDPD en cuanto a la capacidad jurídica. Especial referencia a la legislación argentina y española.

Legislación Argentina.

Argentina es signataria de la CDPD y resulta evidente la correspondencia de su normativa civil interna con los postulados de la Convención. El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)⁶⁸ del 2015, en la sección 1 del libro primero, título I, capítulo 2, sienta los principios generales en materia de capacidad, precepto del cual resulta el reconocimiento del régimen de "Restricciones a la capacidad".⁶⁹ Dentro de esta categoría, caben las descritas en el artículo 32 primer párrafo del CCCN⁷⁰ y las reguladas en el artículo 48 del mismo código.⁷¹ El CCCN contiene normas de

⁶⁸ En lo adelante Código Civil y Comercial de la Nación.

⁶⁹ **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial N° 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Sección 3.

⁷⁰ **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial N° 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Artículo 32.- Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

⁷¹ **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial N° 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Artículo 48.- Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su

carácter procesal que influyen entre otras cuestiones en la forma de llevar adelante los juicios de restricción del ejercicio de la capacidad por razones de enfermedad mental y lo que deberá contener la sentencia,⁷² además reduce la obligatoriedad de los códigos procesales a preceptos indicativos para el juez flexibilizando las actuaciones, según el artículo 35,⁷³ desterrando la rigidez que caracterizaba el proceso según los postulados del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN)⁷⁴ en el artículo 624.⁷⁵ Estarán legitimados para iniciar el proceso de restricción de capacidad: el propio interesado, entre otras personas establecidas en el artículo 33 CCCN.⁷⁶ Debe presumirse la actuación de buena fe y la intención de

integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.

⁷² **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial Nº 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Artículo 37.- Sentencia. La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:

- a) diagnóstico y pronóstico;
- b) época en que la situación se manifestó;
- c) recursos personales, familiares y sociales existentes;
- d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.

⁷³ **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial Nº 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Artículo 35: El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.

⁷⁴ En lo adelante Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁷⁵ **Cfr. Código Procesal Civil Comercial de la Nación, Ley 17.454. Boletín Oficial, 27 de agosto de 1981.** Artículo 624: Requisitos. -

Artículo 624.- Las personas que pueden pedir la declaración de demencia se presentarán ante el juez competente exponiendo los hechos y acompañando certificados de DOS (2) médicos, relativos al estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual.

Puede ser suficiente: a) el certificado de discapacidad vigente que contiene un preciso diagnóstico; b) las constancias de historias clínicas de las que se desprenda con claridad la situación y patología; c) informes realizados en sede penal por médicos u otros profesionales con incumbencia; d) los exámenes realizados en internaciones psiquiátricas involuntarias o voluntarias; e) los antecedentes que obren en el juzgado o defensoría de menores e incapaces sobre internaciones anteriores, de las que resulte un diagnóstico de una patología permanente, persistente o susceptible de cursar en brotes.

⁷⁶ **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial Nº 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Artículo 33.- Legitimados. Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:

- a) el propio interesado;

procurar la protección judicial a quien promueve un proceso de restricción de capacidad de otra persona, salvo prueba en contrario. La sentencia debe prever en qué aspectos el ejercicio de la capacidad ha de ser restringido, designándose la persona que brindará el apoyo una vez delimitada sus facultades.⁷⁷ Desde que es dictada el juez puede ordenar las medidas cautelares que procedan, como disponer la inmediata actuación del apoyo o curador.

En esencia la persona involucrada en un proceso de restricción de capacidad tiene el derecho de participar en el proceso como se regula en el artículo 31, inciso e), solicitar la restricción de sus propias facultades según dispone el artículo 33 inciso a), a ser entrevistado personalmente por el juez como preceptúa el artículo 35,⁷⁸ intervenir en el proceso como se aprecia en el artículo 36⁷⁹ y, una vez dictada la sentencia, a solicitar su revisión según artículo 40,⁸⁰ todo lo cual resulta en la

-
- b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;
 - c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado;
 - d) el Ministerio Público.

⁷⁷ **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial N° 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Artículo 32.- Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

⁷⁸ **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial N° 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Artículo 35.- Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.

⁷⁹ **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial N° 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Artículo 36.- Intervención del interesado en el proceso. Competencia. La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa.

⁸⁰ **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial N° 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Artículo 40.- Revisión. La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la

implementación de un sistema de apoyos⁸¹ que se materializa con el reconocimiento de la Curatela, figura que se regula en el Capítulo 10, Sección 3 del CCCN específicamente en el artículo 138 y 139⁸² realizando una remisión expresa a las reglas de la tutela, definiendo sus funciones y las personas legitimadas para ejercer la curatela, respectivamente

Legislación Española.

El sistema español parte de una presunción general de plena capacidad en relación con todas las personas adultas. Se trata, en todo caso, de una presunción iuris tantum que puede rebatirse cuando concurren ciertas circunstancias legalmente previstas y únicamente en el marco de un proceso judicial según lo dispuesto en el del Código civil español⁸³ en el artículo 199,⁸⁴ definiendo además las causales de

sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado.

⁸¹ **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial Nº 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Artículo 43. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

⁸² **Cfr. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial Nº 32.985 del 08 de octubre de 2014.** Artículo 138. La curatela se rige por las reglas de la tutela no modificadas en esta Sección”, y en su párrafo segundo enuncia que “la principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin”.

Artículo 139. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores”.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

⁸³ En lo adelante Código Civil del Reino de España.

⁸⁴ **Cfr. Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2005.** Artículo 199: Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.

incapacitación el artículo 200⁸⁵ en consecuencia la capacidad de obrar puede ser restringida cuando la discapacidad impida a las personas autogobernarse. La normativa civil española reconoce a la curatela como una Institución de guarda y protección de las personas con discapacidad según dispone en el artículo 215.⁸⁶ Las personas sujetas al régimen de curatela aparecen reguladas en el artículo 286 del CC,⁸⁷ estas pueden actuar por sí mismas, pero su capacidad se encuentra limitada exigiéndose la asistencia del curador. El sistema de incapacitación previsto en la legislación española, no considera la discapacidad, o las deficiencias, por sí mismas, como causa del referido sistema, constituyendo la imposibilidad de autogobierno el presupuesto fundamental para que opere este mecanismo de protección. De ahí que se reconozcan dos grandes grados de incapacitación: de un lado se encuentra la incapacitación total q no constituye objeto de este análisis y de otro la incapacitación parcial, que supone el sometimiento a curatela del incapacitado, así se colige de la lectura del artículo 287.⁸⁸ Posteriormente el artículo 289 del CC⁸⁹ establece el objeto de la institución y el artículo 293⁹⁰ expresa las consecuencias de actuar sin

⁸⁵ **Cfr. Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2005.** Artículo 199: Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

⁸⁶ **Cfr. Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2005.** Artículo 215: La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante:
La tutela. La curatela. El defensor judicial.

⁸⁷ **Cfr. Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2005. Artículo 286:** Están sujetos a curatela:

1. Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley.
2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.
3. Los declarados pródigos.

⁸⁸ **Cfr. Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2005.** Artículo 287: Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

⁸⁹ **Cfr. Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2005.** Artículo 289: “La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.

⁹⁰ **Cfr. Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2005.** Artículo 293. Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código

intervención del curador cuando esta sea necesaria. Resulta evidente que no existe un proceso de declaración de capacidad restringida, sino que esta se establece en sede del propio proceso de incapacitación.

La curatela también se regula en el Código de Familia español (CF),⁹¹ preceptuando su designación y constitución en los artículos 239 y 240.⁹² Especial atención merece lo dispuesto en el artículo 242⁹³ en relación al contenido de la curatela, en el que expresamente declara el carácter complementario del curador en cuanto a los actos para lo que expresamente se previó la asistencia. En cuanto a la extinción, la compone las mismas causales que dan lugar a la extinción de la tutela como bien lo expone el artículo 246 del referido Código de Familia.

La referida institución también encuentra amparo legislativo en la Ley Jurisdicción Voluntaria (LJV),⁹⁴ siendo los artículos 43, 44 y 45⁹⁵ los más importantes a destacar.

⁹¹ En lo adelante Código de Familia del Reino de España.

⁹² **Cfr. Código de Familia del Reino de España Ley 9/1998, de 15 de julio.** Artículo 239. La designación de la persona que debe ejercer la curatela puede realizarla la propia persona interesada, el padre y la madre judicialmente, en las mismas circunstancias de la tutela.

Artículo 240 Constitución

1. Las personas obligadas a instar la constitución de la tutela están obligadas a solicitar la de la curatela, en su caso.

2. La autoridad judicial puede disponer la constitución de la curatela, a pesar de que la petición se haya hecho en relación a la tutela si así resulta de las circunstancias de la persona afectada.

⁹³ **Cfr. Código de Familia del Reino de España Ley 9/1998, de 15 de julio.** Artículo 242 Contenido

1. El titular de la curatela no tiene la representación del pródigo o de la persona que esté en situación de incapacidad relativa, y se limita a completar su capacidad.

2. La sentencia que declare la prodigalidad o la incapacidad relativa debe determinar el ámbito en el que la persona afectada puede administrar sus bienes y aquél en el que necesita la asistencia de la persona titular de la curatela. En cualquier caso, esta asistencia es necesaria para los actos definidos en el artículo 212 y para otorgar capítulos matrimoniales.

3. Si el curador o curadora rechaza prestar la asistencia en alguno de los actos que la requieran, la persona afectada puede solicitar la autorización judicial para realizarlo sola o, alternativamente la designación de un defensor o defensora judicial.

⁹⁴ En lo adelante Ley de Jurisdicción Voluntaria

⁹⁵ **Cfr. Ley de Jurisdicción Voluntaria de 23 de julio de 2015.** Artículo 43. Competencia y postulación.

1. Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

3. En estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, salvo en el relativo a la remoción del tutor o curador en el que será necesaria la intervención de Abogado.

CAPÍTULO II: LA CAPACIDAD RESTRINGIDA Y LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL. UNA MIRADA AL DERECHO POSITIVO CUBANO

II.1 El tratamiento de la discapacidad en Cuba. Una mirada a la Constitución y políticas públicas

En cuanto a discapacidad Cuba se acoge a la definición dada por la Organización Mundial de Salud (OMS), siguiendo esta definición, se puede considerar que persona discapacitada, es aquella cuya autonomía personal se encuentra afectada en diferentes grados y con diversas implicaciones, como consecuencia de deficiencias ya sea en su condición psíquica, física o sensorial lo cual va a interferir directamente en su desempeño.⁹⁶

A causa de estas deficiencias la capacidad de estas personas se va a limitar o lo que es lo mismo, se va a restringir, lo que implica que al realizar determinada actividad no se hará en la forma o dentro del margen que se considera a una persona con plena

Cfr. Ley de Jurisdicción Voluntaria de 23 de julio de 2015. Artículo 44. Ámbito de aplicación.

Se aplicará lo dispuesto en esta Sección para la Constitución de la tutela y de la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona.

Cfr. Ley de Jurisdicción Voluntaria de 23 de julio de 2015. Artículo 45. Tramitación, resolución y recurso.

1. El expediente se iniciará mediante solicitud en la que deberá expresarse el hecho que dé lugar a la tutela o curatela, acompañando los documentos acreditativos de la legitimación para promover el expediente e indicando los parientes más próximos de la persona respecto a la que deba constituirse la tutela o curatela y sus domicilios. Igualmente deberá acompañarse certificado de nacimiento de éste y, en su caso, el certificado de últimas voluntades de los progenitores
2. El testamento o documento público notarial otorgado por el propio afectado en el que hubiera dispuesto en previsión sobre su propia tutela o curatela.
3. En defecto de previsiones o cuando las mismas no fueran establecidas en interés del afectado, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del solicitante, en la resolución por la que se constituya la tutela o curatela u otra posterior, el juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, en interés del constituido en tutela o curatela, así como exigir al tutor o curador informe sobre la situación personal del menor o persona con discapacidad modificada judicialmente y el estado de la administración de sus bienes. Si se adoptaren en resolución posterior, se oírán previamente al tutor o curador, a la persona afectada si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal.

⁹⁶ SCHALOCK ROBERT, L. (1999). “*Hacia una nueva concepción de la discapacidad*”. Segunda Jornada Científica de Investigación sobre Personas con Discapacidad, Universidad de Salamanca, España, pág. 24. Disponible en World Wide Web <https://www.scholar.google.com>. Consultado (07/05/2018)

capacidad ante lo cual resulta evidente la necesidad de una regulación jurídica que ordene y ampare la sui generis forma de interacción entre el ser humano con discapacidad y la sociedad en que vive.

Al respecto, es preciso destacar el enorme esfuerzo que significa brindar una adecuada protección a las personas con discapacidad. Los cuales, en esencia, deben estar dirigidos a que no se encuentren abandonados o en estado de desamparo, para cuyos casos legalmente debe tener concebidas instituciones de guardaduría, como la tutela y la curatela, figuras objeto de análisis en esta investigación.

En Cuba el tratamiento de la discapacidad y la consiguiente atención a las personas con discapacidad se orienta básicamente por tres enfoques. Uno de tipo médico, orientado a la deficiencia, o sea a los procesos de tipo orgánico que pueden constituir la causa de aparición de la discapacidad. Este modelo 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 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 éstas, teniendo en cuenta, sobre todo sus particularidades. Y el tercer enfoque 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.⁹⁷

En cuanto a las políticas que giran en torno a esta temática, cabría decir que el proyecto socialista cubano aboga por una sociedad emancipadora, inclusiva y dignificadora de los seres humanos y en consecuencia siempre ha existido una fuerte voluntad política de proteger los derechos de los discapacitados a partir de los

⁹⁷ PÉREZ GALLARDO, L. ***La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda.*** CD-ROM

principios de equidad, inclusión, igualdad y no discriminación, desarrollados tanto desde la familia como desde el sistema de educación.

En el plano interno avalan esta política la propia Constitución de la República de Cuba aprobada recientemente en Referéndum Constitucional el pasado 24 de febrero de 2019, que en sus Fundamentos Políticos, su artículo 1⁹⁸ brinda especial significación a la dignidad, el humanismo, la equidad, la igualdad, la solidaridad, valores imprescindibles para el sostenimiento de una sociedad inclusiva, así como en su artículo 13 inciso d) impone como Fines Especiales para el Estado, entre otros de gran relevancia, "(...) garantizar la igualdad efectiva en el disfrute y ejercicio de los derechos, y en el cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución y las leyes" y en el inciso f) del propio artículo, se consagra como otro fin especial "garantizar la dignidad plena de las personas y su desarrollo integral."

Otra evidencia de la voluntad política en este sentido, resulta de lo establecido en su Título V en los artículos 40, 41 y 42⁹⁹ en el que consagra la dignidad humana como un valor supremo, declara, además, que todas las personas son iguales ante la ley y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones, entre otras, de discapacidad.

⁹⁸ **Cfr. Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 2019.** Artículo 1. Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria e indivisible, fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva.

⁹⁹ **Cfr. Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 2019.** Artículo 40. La dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes.

Artículo 41. El Estado cubano reconoce y garantiza a la persona el goce y el ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación. Su respeto y garantía es de obligatorio cumplimiento para todos.

Artículo 42. Todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana.

Especial referencia merece lo expresado en el artículo 44, cuando establece: “El Estado crea las condiciones para garantizar la igualdad de sus ciudadanos. Educa a las personas desde la más temprana edad en el respeto a este principio. El Estado hace efectivo este derecho con la implementación de políticas públicas y leyes para potenciar la inclusión social y la salvaguarda de los derechos de las personas cuya condición lo requieran”. Instituyendo además la igualdad en el derecho a la educación, y el desarrollo integral de las personas, y la responsabilidad del Estado en aras de garantizar un servicio gratuito, asequible y de calidad que favorezca la formación integral como se evidencia en el contenido de los artículos 46 y 47¹⁰⁰ respectivamente.

Trascendental significación adquiere lo declarado en el artículo 89 cuando dispone: “El Estado, la sociedad y las familias tienen la obligación de proteger, promover y asegurar el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad. El Estado crea las condiciones requeridas para su rehabilitación o el mejoramiento de su calidad de vida, su autonomía personal, su inclusión y participación social”, el cual atribuye al Estado, la sociedad y la familia la obligación de velar por el desarrollo integral de las personas con discapacidad y proteger, promover y asegurar el pleno ejercicio de sus derechos, cargando al Estado la responsabilidad de crear las condiciones requeridas para su inclusión y participación social. Es importante destacar que tales condiciones no solo implican la creación de accesos materiales y eliminación de barreras arquitectónicas, sino la creación de normas jurídicas que permita el desarrollo integral y el pleno ejercicio de sus derechos

La vigente Constitución, enfatiza en la Dignidad Humana como valor supremo, y ofrece una cobertura sólida a los procesos de integración, a la no discriminación, al desarrollo integral y al disfrute pleno de los derechos en condiciones de igualdad, lo

¹⁰⁰ **Cfr. Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 2019.**

Artículo 46. Todas las personas tienen derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la salud, la educación, la cultura, la recreación, el deporte y a su desarrollo integral.

Artículo 47. Las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y deben guardar entre sí una conducta de respeto, fraternidad y solidaridad.

que además se encuentra en consonancia con los postulados anteriormente analizados de la Convención de las Personas con Discapacidad de la cual Cuba es signataria y que impone un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, considerándolo como una cuestión de derechos humanos, resultando de vital importancia en tal propósito el ya citado artículo 12 bajo el título “Igual reconocimiento como persona ante la ley” y que contiene, como se pudo apreciar en el capítulo anterior, una serie de disposiciones significativas para materializar este enfoque.

La protección de los derechos de los discapacitados encuentra asidero, además, en la Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista y en el Plan nacional de desarrollo económico y social hasta 2030, propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos, aprobados ambos en el VII congreso del PCC en 2017.

En la Conceptualización, se declara expresamente dentro de los principios que sustentan el Modelo y sus principales transformaciones, en el párrafo 68, inciso h) ¹⁰¹ el reconocimiento moral y jurídico de la igualdad de derechos y deberes de la ciudadanía y las garantías para hacerlos efectivos con equidad, inclusión y justicia social, expresados en la igualdad de oportunidades, y el enfrentamiento a toda forma de discriminación -entre las que se incluye la discapacidad.

Por su parte el Plan de desarrollo social hasta 2030, en el Eje estratégico: Desarrollo humano, equidad y justicia, expresa dentro de sus objetivos generales (párrafo 191, número 1) “promover el desarrollo integral y pleno de los seres humanos”. En los párrafos 212 y 213, en los números 18 y 19, respectivamente, dentro de sus

¹⁰¹ **Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista.** Aprobado en el VII congreso del PCC en 2017. Disponible en: World Wide Web <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta>. Consultado (11/04/2019)

Principios de nuestro socialismo que sustentan el Modelo:

El reconocimiento moral y jurídico de la igualdad de derechos y deberes de la ciudadanía y de las garantías para hacerlos efectivos con equidad, inclusión, justicia social, participación política, superación de las brechas sociales, respeto a la diversidad y el enfrentamiento a toda forma de discriminación por color de la piel, género, identidad de género, orientación sexual, discapacidad, origen territorial y nacional, creencia religiosa, edad y cualquier otra distinción lesiva a la dignidad humana.

objetivos específicos declara: “Asegurar igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, para impulsar su inclusión económica y social y proteger aquellas en condiciones de vulnerabilidad”; y “garantizar el ejercicio de los derechos y deberes de todos los ciudadanos, con igualdad, inclusión y justicia social, expresados en el acceso a oportunidades y el enfrentamiento a toda forma de discriminación”, -entre las que se incluye la discapacidad-.¹⁰²

La discapacidad intelectual constituye una de las formas en que se puede presentar la discapacidad y que como se analizó con anterioridad se manifiesta de manera diversa en tanto existen diferentes grados de deficiencias que denotan el nivel de la referida discapacidad y que han de tenerse en cuenta a la hora de determinar los apoyos o complementos que la persona necesite, o no, para el disfrute pleno de los derechos. Su tratamiento y protección resulta aún más complejo que el resto de las discapacidades en tanto la misma afecta la esfera cognitiva del individuo y no física, no siempre una persona con discapacidad intelectual ha de estar sujeta a un complemento o apoyo para el desarrollo de la actividad humana en general, lo que implica un reto para el profesional que tiene en sus manos la determinación de tales apoyos, condicionado esto en gran medida, por la subjetividad de los referidos profesionales.

Es indiscutible que Cuba posee interesantes resultados en materia de políticas públicas, pero igualmente es innegable que la discapacidad no es solo, ni exclusiva, ni prioritariamente un problema médico y social, sino también jurídico y a pesar de que en nuestro territorio todas las personas gozan de iguales derechos y que ante la ley todos somos iguales, aún la legislación no llega a estar a tono con los avances logrados en el campo social para la plena inserción de los discapacitados a la sociedad. Inserción que comprende tanto la integración como la rehabilitación social de este sector de la población y el efectivo goce pleno de los derechos en igualdad de condiciones, claro está, hasta que la discapacidad lo permita, con los consiguientes apoyos ya establecidos en la CDPD, y que han de implementarse en

¹⁰² Plan de desarrollo social hasta 2030. Aprobado en el VII congreso del PCC en 2017. Disponible en: World Wide Web <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Conceptualización>. Consultado (11/04/2019)

nuestro país, bien, en forma de mecanismos legales o no, en todas las esferas de la actividad humana, la educación, el trabajo y las interacciones humanas en general, designios en lo que tiene un papel preponderante el Derecho Civil y de Familia.

Es una realidad innegable que existe en el país un grupo de individuos que por deficiencias en sus cualidades físicas, psíquicas o sensoriales se reputan de discapacitados y por tanto tienen de hecho limitada su capacidad para realizar actividades dentro del margen que se considera normal para un ser humano. El Derecho Civil y de Familia, que como núcleo medular tienen al hombre en su entorno social y familiar, debe proveer los mecanismos adecuados para permitir que las personas con discapacidad y que así lo requieran, dispongan de un amplio espectro de posibilidades que le posibiliten sin quebrantar su autonomía personal y sin perder de vista las limitaciones, participar con seguridad en el tráfico jurídico.

Ahora bien, es incuestionable, que no todos los discapacitados requerirán de mecanismos legales de guardaduría porque no siempre al discapacitado hay que incapacitarlo judicialmente, ni tan siquiera restringirle el ejercicio de su capacidad de obrar, pero existen casos en los que por la magnitud de la deficiencia y la implicación para el individuo que la padece si se requiere de una declaración judicial bien de incapacidad o de capacidad restringida cuya declaración debe propiciarse desde el Derecho Civil y una vez realizada esta a favor de quien sólo lo amerite sujetarlo a ciertas formas de guardaduría, cuya fórmula y pautas a seguir debe brindarla el Derecho de Familia cubano,¹⁰³ y que resulta aún más complejo en el caso de la discapacidad intelectual por la diversidad de manifestación de la misma.

II.2 Personalidad y capacidad jurídica en el derecho positivo cubano

El Derecho Civil es el Derecho que regula la persona en su faceta interna y en relación con los demás individuos de la comunidad. Para esta rama del Derecho la persona es el centro de su atención.

En tal sentido del análisis de nuestro ordenamiento jurídico civil se distinguen conceptos en torno al tema de los sujetos en correspondencia con lo que

¹⁰³ BOX NARANJO, L. (2008), op., cit., págs. 18 y 19

mayoritariamente indica el estado actual de la doctrina,¹⁰⁴ y de notoria implicación en las relaciones de los individuos en la sociedad:

Persona: entendida como categoría amplia por ser el ente capaz de ser titular de derechos y obligaciones sea este ente natural o jurídico.¹⁰⁵

Personalidad: categoría también abstracta, vista como atributo o cualidad inherente y esencial de la persona, por el solo hecho de serlo y por tal naturaleza es inalterable.

Sujeto de derecho: remitida a una mayor concreción, al hacer referencia a la persona actuando en una relación jurídica determinada.

Capacidad: aptitud concreta para ser sujeto de derechos y obligaciones teniendo en cuenta relaciones jurídicas determinadas, que se desdobra en dos momentos, situaciones o estados: Capacidad jurídica, de goce, de derecho o disfrute (esencia del sujeto) y capacidad de hecho, o de obrar (potencia en el sujeto).¹⁰⁶

La personalidad se concibe como presupuesto para adquirir derechos, consecuencia de la propia naturaleza humana y por consiguiente no es producto del ordenamiento jurídico, es así que el Código Civil cubano (CCc)¹⁰⁷ solo se limita a reconocerla. En este sentido el artículo 24 establece que: “La personalidad comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte”. Sin embargo, indica el artículo 25 del citado cuerpo legal que: “El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le resulten favorables, a condición de que nazca vivo”.

Tal posición no equivale a que se le reconozca personalidad jurídica al concebido, ni siquiera a éste se le considera persona, pero si nace vivo se retrotraen los efectos

¹⁰⁴ VALDÉS DÍAZ, C. (2002). *Derecho Civil Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, págs. 101-111; Fernández Sessarego: Persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI (publicado en Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, No. 24, diciembre de 2003; Corral Talciani, H.: El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida, Universidad de los Andes. hcorral@vandes.cl, 2006, pág. 2

¹⁰⁵ VALDÉS DÍAZ, C. (2002), op., cit., pág. 101

¹⁰⁶ PÉREZ BERNAL, M. (2008). *La necesidad del cambio de la normativa cubana sobre responsabilidad civil de los menores de edad*. Tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia. Santa Clara, Cuba, pág. 37.

¹⁰⁷ En lo adelante Código Civil cubano.

del nacimiento, es decir, este nuevo hombre hace suyo los derechos que le hubieren pertenecido de haber sido un ser humano en el momento de la gestación, quedando la situación como si en realidad lo hubiera sido,¹⁰⁸ quedando configurada una reserva de derechos.

Tomando como referencia todo lo relacionado al nacimiento de la personalidad en la persona individual y lo que significa desde el punto de vista doctrinal como se aprecia en los ya citados artículos 24 y 25 del CCc, resulta dable destacar la adecuada distinción entre capacidad y personalidad, que se evidencia en el artículo 28 del CCc, pues al regularlas en preceptos distintos no cabe duda que ni teórica ni legislativamente pueden identificarse. Siguiendo esta línea, el primer apartado del citado artículo dispone que: “La persona natural tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento” y en su segundo apartado determina que: “El ejercicio de la capacidad se rige por las disposiciones del mismo Código y por la legislación especial, según proceda”.

En este artículo se aprecia como la capacidad jurídica es entendida como una sola la que presenta modificaciones en su ejercicio en dependencia de determinadas circunstancias previstas en la ley, se hará referencia más adelante, despojando la tesis de la existencia de dos capacidades, una de derecho y otra de hecho abordada oportunamente en el primer capítulo de la presente investigación.

Resulta evidente que en cuanto a la capacidad de goce no puede existir limitación absoluta y cualquier restricción tiene carácter excepcional, sin embargo la capacidad de ejercicio, por requerir inteligencia y voluntad, elementos que no se manifiestan de igual forma en todas las personas, puede ampliarse o restringirse dando lugar a diversas situaciones, como son, el goce total o pleno de capacidad, la posesión parcial de capacidad o capacidad restringida o limitada y en último lugar la carencia total de capacidad.

Estos supuestos encuentran respaldo en nuestra normativa civil, el artículo 29 del CCc, si bien no contiene una distinción teórica entre capacidad de derecho y capacidad de obrar, que resulta tradicional en la doctrina, es obvio que se refiere a la

¹⁰⁸ BOX NARANJO, L. (2008), op., cit., pág. 10

segunda, también conocida como capacidad de acción, por cuanto es esa modalidad de la genérica capacidad la que se vincula al ejercicio de los derechos y a la realización de actos jurídicos eficaces. Indudablemente la capacidad de derecho es presupuesto ineludible para su existencia, pues para poder ejercitar un derecho es necesaria su previa titularidad, pero a diferencia de la capacidad de goce o adquisición de los derechos, establecida en el referido artículo 28.1 del propio Código, la capacidad de ejercicio no se reconoce por igual a todas las personas, por el solo hecho de ser tales, sino que se vincula a ciertos requisitos intrínsecos al individuo, que marcan jurídicamente, su posibilidad de válida y eficaz actuación en relaciones jurídicas concretas, específicas, determinadas.¹⁰⁹

En este sentido el primer precepto del artículo 29 del CCc expresa que: “La plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere: a) por arribar a la mayoría de edad, que comienza los 18 años cumplidos; b) por matrimonio del menor”, y continúa diciendo que, “La ley, no obstante, puede establecer otras edades para realizar determinados actos”, este precepto ofrece la posibilidad de que esta capacidad de ejercicio se amplíe o restrinja si de forma concreta o específica la ley fija una edad especial para la realización de determinado acto.

En cuanto al primero de los casos no cabe dudas que la plena capacidad de obrar permite a su poseedor ejercer por sí todos sus derechos y realizar actos jurídicos eficaces. En este sentido, la ley rituarial civil, en su artículo 29.1 inciso a),¹¹⁰ en cuanto a esta circunstancia modificativa de la capacidad de ejercicio, reconoce los 18 años como período desde el cual se adquiere la plena capacidad.

En el segundo caso, debe tomarse en consideración que las hembras mayores de 14 años y los varones que sobrepasen los 16 años de edad aun siendo menores de edad, pueden formalizar matrimonio siempre que cuenten con la autorización de alguna de las personas que enumera el Código de Familia en su artículo 3¹¹¹ y una vez celebrado

¹⁰⁹ PÉREZ GALLARDO, L. (2013). *Comentarios al Código Civil cubano*. Tomo I, Volumen I. Libro Primero: Relación Jurídica. Editorial Félix Varela. La Habana, Cuba, pág. 472

¹¹⁰ **Cfr. Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987.** Artículo 29.1. La plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere:

a) por arribar a la mayoría de edad, que comienza los 18 años cumplidos;

¹¹¹ **Cfr. Código de Familia de la República de Cuba, Ley No. 1289 de 8 de marzo de 1975.**

el mismo adquieren la plena capacidad, condición que conservan aun cuando el vínculo se rompa antes de que los cónyuges arriben a los 18 años de edad. Conviene igualmente apuntar que esta emancipación es plena, por ello la capacidad de obrar se adquiere totalmente sin que se requiera autorización de los padres o del tutor en lo sucesivo para la realización de algún tipo de acto jurídico o para el ejercicio de algún derecho.

Este precepto ofrece la posibilidad de que esta capacidad de ejercicio se amplíe o restrinja si de forma concreta o específica la ley fija una edad especial para la realización de determinado acto.

Así mismo, la Ley 50 de las Notarías Estatales y su Reglamento, contiene preceptos referidos a la capacidad, al respecto el artículo 10 establece, “El Notario tiene las funciones y obligaciones siguientes”, entre otras, “emitir juicios sobre el conocimiento

Artículo 3. Están autorizados para formalizar el matrimonio la hembra y el varón mayores de 18 años de edad. En consecuencia, no están autorizados para formalizar el matrimonio los menores de 18 años de edad.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, excepcionalmente, y por causas justificadas, podrá otorgarse a los menores de 18 años la autorización para formalizar el matrimonio, siempre que la hembra tenga por lo menos 14 años cumplidos y el varón 16 años, también cumplidos.

Esta autorización excepcional pueden otorgarla:

- 1) El padre y la madre conjuntamente, o uno de ellos si el otro hubiere fallecido o estuviere privado de la patria potestad;
- 2) el o los adoptantes cuando el menor hubiese sido adoptado;
- 3) el tutor, si el menor estuviere sujeto a tutela;
- 4) los abuelos maternos o paternos, indistintamente, a falta de los anteriores, prefiriéndose a aquellos que convivan en el mismo domicilio con el menor;
- 5) uno solo de los facultados, cuando el otro que deba darle conjuntamente con él se vea impedido de hacerlo;
- 6) el tribunal, si por razones contrarias a los principios y normas de la sociedad socialista, se negaren a otorgar la autorización las personas facultadas para ello.

En caso de negar la autorización alguno de los que deben otorgarla conjuntamente con otro, los interesados en contraer matrimonio o uno de ellos o un hermano o hermana mayor de edad de cualquiera de los mismos podrá instar al tribunal popular competente para que otorgue la autorización requerida.

El tribunal, en audiencia verbal, oirá el parecer de todos los interesados y del fiscal y, teniendo en cuenta el interés social y el de los contrayentes, decidirá lo que proceda sin ulterior recurso.

y capacidad de los comparecientes en el documento notarial de que se trate”.¹¹²

Merece especial atención el referido juicio de capacidad debido a su importancia en la autorización y otorgamiento del instrumento público, pues depende en gran medida de la percepción que tenga el notario respecto a si posee o no plena capacidad el otorgante para realizar el acto. Este juicio de capacidad que en ocasiones se ha cuestionado su eficacia debido a que no en todos los casos tiene como función específica la de dar Fe Pública, está mediado además por un alto grado de subjetividad lo cual no le ofrece al usuario seguridad jurídica a la hora de realizar el acto. Pudiera darse el caso que, un usuario se presente en una unidad notarial con el propósito de realizar un acto jurídico y el notario perciba que no ostenta la capacidad requerida, posteriormente, esta persona se dirige a otra sede notarial y el funcionario a cargo, cuando realiza el juicio de capacidad reconoce que el sujeto posee plena capacidad y por tanto le permita que realice el acto y autorice el instrumento público, quedando el sujeto en total inseguridad en el tráfico jurídico.

II.2.1 La incapacidad jurídica en el derecho positivo cubano

Como contrario a la capacidad jurídica se encuentra el término incapacidad,¹¹³ que supone la negación de la aptitud requerida para el ejercicio de los derechos y la realización de actos jurídicos válidos o eficaces, que solo se presenta en determinados supuestos, frente a la ausencia de los requisitos exigidos legalmente para considerar a una persona apta para autogobernarse y tomar decisiones conscientes, con pleno entendimiento de sus efectos o consecuencias.¹¹⁴

¹¹² **Ley Nº 50/1984 de 28 de diciembre De las Notarías Estatales, editada por el MINJUS, mayo de 1986 y su Reglamento contenido en la Resolución 70 /1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia.** Artículo 10.

¹¹³ VALDÉS DÍAZ, C. (2013). **Comentario al artículo 29.** En Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Comentarios al Código Civil Cubano, tomo I. Disposiciones preliminares, Libro Primero: Relación jurídica, volumen I (artículos del 1 al 37), Editorial Félix Varela, La Habana, pág. 513

¹¹⁴ Para profundizar en las diferencias entre ambos tipos de incapacidad puede consultarse el artículo de EGEA, quien además realiza un estudio comparado sobre el tratamiento que las legislaciones de Alemania, España, Italia, Francia e Inglaterra dan a esta temática. EGEA R. (1998).

Sentada esta idea, es dable distinguir entre incapacidad e incapacitación. “Así, quien no cumple el requisito de la edad, o no tiene facultades de discernimiento por padecer una enfermedad o de deficiencias físicas o psíquicas que le impiden gobernarse por sí mismo, presenta una incapacidad natural. A contrario sensu, si la ineptitud es declarada por el órgano judicial competente, cabe referirnos a incapacitación”.¹¹⁵

La divergencia radica en la declaración judicial, pues hasta tanto no sea emitida por el foro competente, la persona seguirá bajo la consideración del principio general pro capacitate;¹¹⁶ razón por la cual, mientras no alcance firmeza dicha declaración, pueden existir personas con incapacidad natural o de hecho, sin haberse reflejado aun en su estado civil.¹¹⁷ En consecuencia, las restricciones de la capacidad originadas por un estado civil (por ejemplo, incapacitación) requieren la alegación y prueba del estado civil que las origine.¹¹⁸ Mientras que no se produce el cambio jurídico de estado que la determina, no se produce la restricción.¹¹⁹

Con regularidad, señala ROVIRA SUEIRO¹²⁰, se emplea el vocablo “incapaz” para

Incapacidad natural e incapacidad legal. Personas con incapacidad natural. Nulidad o anulabilidad de los actos o contratos. Revista La Notaría, Boletín desde 1995, No. 10. Disponible en World Wide Web <https://www.libros-revistas-derecho>. Consultado (10/12/2018)

¹¹⁵ PEREIRA PERÉZ, J. (2018). ***El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad. Especial referencia al ordenamiento jurídico cubano.*** Tesis presentada en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas. La Habana, Cuba, pág. 11

¹¹⁶ ARNAU MOYA, F. (2003). ***El derecho privado de la persona.*** Derecho civil I. Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castelló de la Plana, pág. 7

¹¹⁷ Otra perspectiva la muestra la Sentencia No. 282 de 29 de abril de 2009, del Tribunal Supremo español, ponente Roca Trías, donde se declara que: ***La incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona.*** Vid. Vlex España, jurisprudencia. Disponible en: World Wide Web <https://www.supremo.vlex.es/vid/>. Consultado (10/12/2018)

¹¹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952), op., cit., pág. 57

¹¹⁹ ROVIRA SUEIRO, M. (2006). ***Significado jurídico de la capacidad personal, especial consideración de su falta.*** Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad, 1ra. Parte. Introducción. Editorial Universitaria Ramón Areces. Disponible en: World Wide Web <https://www.libros-revistas-derecho.vlex.es/source/>. Consultado (12/12/2018)

¹²⁰ Citado por ARÉVALO, J y RAJMIL, A. (2012). ***Una nueva mirada jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las personas.*** Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos,

referirse tanto a quien le falta la capacidad legal de obrar, como a quien le falta capacidad natural, pero que al ser mayor de edad y no haber sido incapacitado se presume capaz; acepciones que están en consonancia con un concepto vulgar de persona incapaz, cuya amplitud permite abarcar a los incapacitados en sentido estricto, además de a los incapaces naturales.

Es oportuno decir que no aparecen reguladas, en nuestra ley sustantiva civil, las causas que pueden dar lugar a la incapacitación, ni en régimen de tipificación exhaustiva, enumerando todas ellas, ni siguiendo la tendencia más actual de establecer situaciones genéricas en las que puede encontrarse una persona con posibilidad de autogobernarse.¹²¹

Por su parte, la carencia total de capacidad encuentra regulación en el CCc, en su artículo 31 expresando que, “Carecen de capacidad para realizar actos jurídicos”: a) los menores de 10 años de edad; y b) los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes.¹²²

Del mismo modo, la incapacidad, encuentra regulación en el artículo 138 del Código de Familia cuando dispone: “Estarán sujetos a tutela: Los menores de edad que no están bajo patria potestad. Los mayores de edad que hayan sido declarados jurídicamente incapacitados para regir su persona y bienes por razón de enajenación mental, sordomudez o por otra causa”. Resultando evidente que el Código de familia en cuanto a la regulación de la incapacidad no es coherente con lo establecido en el Código Civil, consagrando, la sordomudez, además de las causales previstas en la norma civil, lo que significa un evidente error, en tanto no solo es incoherente sino que además restringe e inflexibiliza la declaración de incapacidad, debiendo quedar tal y como lo designa la norma civil patria, destacando además que a este infortunio se une la LPCALE en su artículo 586,¹²³ al reafirmar en la regulación del

Argentina. Disponible en World Wide Web <http://www.articulo12.org.ar/2010/documentos/trabajos/comision%20I/1-%20rajmil.pdf>. Consultado (10/12/2018)

¹²¹ PÉREZ GALLARDO, L. (2013), op., cit., pág.522

¹²² **Cfr. Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987.** Artículo 31.

¹²³ **Cfr. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo Laboral y Económico, Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977.** Para la declaración de incapacidad de una persona, por razón de enajenación

procedimiento para la declaración de incapacidad, como causal de la misma, dicha discapacidad física, la cual se considera que no constituye en lo absoluto una condición que pueda privar a la persona de voluntad, conciencia e inteligencia.

Ahora bien, un análisis literal, de lo dispuesto en el ya citado artículo 31 del Código Civil, muestra que, en el primer supuesto, son incapaces de obrar los menores de diez años de edad. La carencia de capacidad en este caso se justifica en función del escaso desarrollo psíquico y físico que se supone han alcanzado las personas de esa edad. La niñez atraviesa diferentes etapas, entendiéndose que el individuo no razona ni se comporta igual durante toda ella.

La minoría de edad no requiere de declaración judicial de incapacidad por lo que condición de tal se ostenta ex lege por el solo hecho de estar comprendido en tal rango. Así los menores de diez años de edad no podrán ejercer por se sus derechos ni realizar ningún acto jurídico eficaz, necesitando siempre para ello de un representante legal.¹²⁴

En cuanto al segundo supuesto, aunque no lo señala el precepto, está claro que dicha declaración tiene que hacerla el órgano jurisdiccional, tomando en cuenta determinadas causas que, en cada caso, destruyan la presunción general pro capacitate. Todo lo cual transcurre “mediante un proceso de jurisdicción voluntaria, es decir, en el que no se produce litis y solo excepcionalmente ante igual instancia, pero en proceso contencioso, como dispone el artículo 578 de la LPCALE.¹²⁵

Respecto a las enfermedades mentales, nuestra ley procesal civil en el ya citado artículo 586, solo habla de enajenación mental y en ella engloba todas aquellas enfermedades que se caracterizan por producir trastornos o perturbaciones en la

mental o sordomudez, para ejercitar por sí las acciones y derechos de que sea titular, se formulará solicitud con expresión del nombre, estado civil, domicilio o residencia actual del presunto incapaz, enfermedad que sufre, bienes suyos reconocidos que deban ser objeto de protección judicial y parentesco con el mismo del solicitante, acompañándose certificado del médico de asistencia”

¹²⁴ PÉREZ GALLARDO, L. (2013), op., cit., págs. 520 y 521

¹²⁵ **Cfr. Cfr. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo Laboral y Económico, Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977.** Artículo 578.- Corresponden a la jurisdicción voluntaria los procedimientos que tengan por objeto hacer constar hechos o realizar actos que, sin estar empeñada ni promoverse cuestión entre partes, hayan producido o deban producir efectos jurídicos, y de los cuales no se derive perjuicio a persona determinada.

psiquis del individuo que le impiden manifestar su voluntad de modo consciente, racional e inteligente. En este caso se prevé la posibilidad también para la protección de la persona y de sus bienes de declarar judicialmente la incapacidad de obrar. Mientras esta declaración, conocida como incapacitación, no se produzca, el estado civil del individuo no cambia y por tanto es considerado capaz, resultando necesario como ya apuntamos en cada caso probar la falta de conciencia y razón de hecho para obtener la nulidad de los actos realizados.

Conviene destacar que esta ausencia total de capacidad provoca la nulidad absoluta de los actos efectuados por el incapaz. No obstante, hay que tener presente que los actos realizados por el incapacitado, es decir, por la persona declarada en este estado por resolución judicial serán siempre ineficaces, mientras que los realizados por un incapaz, o sea, la persona que carece de capacidad pero sobre la cual no ha existido pronunciamiento judicial, podrán ser declarados nulos por ausencia de consentimiento pero demostrando que al realizar cada acto en concreto esta persona se encontraba de hecho incapacitada para regirse a sí misma y a sus bienes.¹²⁶

Tanto en el caso de la capacidad restringida como en la incapacidad, la actividad judicial va a estar auxiliada por peritos en psiquiatría quienes informarán al tribunal actuante: qué padecimiento presenta la persona sometida a examen, en qué forma este se manifiesta y si ello a su juicio provoca en la misma la ausencia de las ya mentadas voluntad e inteligencia. Además, según dispone el artículo 588 de la LPCALE: “El Tribunal hará examinar al presunto incapaz por dos médicos distintos del de asistencia, a fin de que informen acerca de la realidad y grado de su incapacidad. Lo examinará personalmente y citará y oirá al cónyuge o pariente más próximo que no haya formulado la solicitud. El Tribunal visto el informe de los médicos, o sí, conforme a su impresión personal, lo estimare conveniente, podrá disponer otras medidas para confirmar o no dicha incapacidad. Comprobada ésta, declarará la incapacidad y proveerá la tutela del incapacitado”.

A modo de resumen se puede decir que las personas sujetas a la incapacitación en el ejercicio de su capacidad, sí encuentran en el Código de Familia formas de guarda

¹²⁶ COLECTIVO DE AUTORES. (2000), op., cit., pág. 113

y custodia bien en sede de patria potestad¹²⁷ o de tutela, como se puede apreciar en la regulación del artículo 138 del CF según el caso concreto de que se trate, más los que sufren de capacidad restringida carecen de un instituto de protección legal dentro de este cuerpo normativo.

II.2.2 Mecanismos de protección de la persona incapacitada. Tutela y patria potestad prorrogada

De manera semejante a la patria potestad, la tutela se alza como institución protectora de los incapacitados, al servicio de sus intereses y necesidades. El Código de Familia cubano deja claro esa situación al establecer en su artículo 137 que: “La tutela se constituirá judicialmente y tiene por objeto: la guarda y cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad que no estén bajo patria potestad y la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados”.

Siguiendo este orden, es conveniente señalar que las personas sujetas a tutela, como advierte el artículo 138 del mentado cuerpo legal son, en primer lugar, “los menores de edad que no estén bajo patria potestad;” y en segundo lugar “los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez o por otra causa”, en este caso se refiere a aquellas personas que presentan una incapacidad total que los priva totalmente de discernimiento.

En este sentido, es el fiscal el encargado de instar al tribunal para la constitución de la tutela, una vez que conoce de la necesidad de esta, en virtud de información que tienen el deber de comunicarle, 1) los parientes del menor o incapacitado, dentro del tercer grado de consanguinidad, 2) las personas que convivan con el menor o incapacitado y los vecinos próximos del mismo, o el Comité de Defensa de la

¹²⁷ **Cfr. Código de Familia de la República de Cuba, Ley No. 1289 de 8 de marzo de 1975.**
Artículo 82. Los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres.

Revolución más inmediato; y 3) los funcionarios públicos que por razón del ejercicio de su cargo tengan conocimiento de la existencia del estado de necesidad a que se refiere el párrafo inicial de este artículo, según dispone el artículo 140 del CF. En realidad, este precepto resulta inoperante en el caso de los mayores de edad incapacitados, pues ya ha mediado una sentencia de incapacitación y por tanto el tribunal ya tiene conocimiento del hecho, debiendo disponer lo precedente que sería la constitución de la tutela.

Instado el tribunal por el fiscal para constituir la tutela de un menor de edad en virtud de lo establecido en el artículo 145 del CF,¹²⁸ deberá citar a los parientes de este hasta el tercer grado de consanguinidad para celebrar una comparecencia que tendrá por objeto dilucidar a quién corresponderá el cargo de tutor. El anterior proceder demuestra la vocación familiar que se reconoce a la institución tutelar, aun cuando se siga el sistema de autoridad judicial, entendido como más protector a los intereses del pupilo, que en un sistema de tutela estrictamente familiar puede ser blanco de errores, incuria o mala fe de parientes inescrupulosos.¹²⁹

En el caso de los incapacitados, se designará tutor atendiendo al orden de prelación de los parientes consignados en el artículo 148 del CF¹³⁰ y de igual modo que en el

¹²⁸ **Cfr. Código de Familia de la República de Cuba, Ley No. 1289 de 8 de marzo de 1975.**

Artículo 145.- Para constituir la tutela de un menor, el tribunal citará a los parientes de éste hasta el tercer grado, que residan dentro de su demarcación o en la de otro de la misma ciudad o población en que tenga su sede, a fin de celebrar una comparecencia en la que oír a los parientes que asistan y al menor si tuviere más de siete años de edad, para proceder a la designación del tutor, de conformidad con las reglas siguientes:

- 1) la preferencia manifestada por el menor y la opinión mayoritaria de los mencionados parientes en cuanto resulte aceptable, a juicio del tribunal;
- 2) de no poder designar el tutor a tenor de la regla anterior, el tribunal decidirá guiándose por lo que resulte más beneficioso para el menor y, en igualdad de condiciones, designará tutor al pariente en cuya compañía se hallare. De no encontrarse en compañía de ningún pariente, o de hallarse en la de varios de ellos a la vez, preferirá, en primer lugar, a uno de los abuelos; en segundo lugar, a uno de los hermanos; y, en tercer lugar, a un tío;
- 3) excepcionalmente, cuando razones especiales así lo aconsejen, el tribunal podrá adoptar una solución fuera del orden anterior e inclusive nombrar tutor a una persona que no tenga relación de parentesco con el menor. En este caso, designará a persona que muestre interés en hacerse cargo de él, prefiriendo a la que lo hubiere tenido a su cuidado.

¹²⁹ PÉREZ GALLARDO, L. (2013), op., cit., pág. 537

¹³⁰ **Cfr. Código de Familia de la República de Cuba, Ley No. 1289 de 8 de marzo de 1975.**

Artículo 148.-La tutela de los mayores de edad declarados incapacitados, corresponderá por su orden:

caso de los menores, cuando sean varios los parientes del mismo grado, el tribunal atenderá a lo que considere más beneficioso para el incapacitado, pudiendo también designar tutor a persona distinta de las enumeradas en el precepto, prefiriendo a quién lo tenga a su cuidado y muestre interés en asumir la tutela.¹³¹

La situación que presentan los menores e incapaces con respecto a su aptitud para ejercer por sí sus derechos encuentra solución en dos instituciones, la patria potestad y en la tutela, sin embargo, conviene significar que en ausencia de padres y tutores la representación legal de los intereses de estas personas corresponde al fiscal según lo dispuesto en el artículo 48 de la LPCALE.¹³² Igual responsabilidad adquiere este funcionario público ante la existencia de intereses contrapuestos entre menores e incapaces y sus representantes legales, en virtud de lo previsto por el artículo 60 del Código Civil.¹³³

Si hacemos referencia a la representación, el tutor asume la del menor o incapacitado para todos los actos que no puede realizar por sí mismo como lo regula el artículo 151 del CF al expresar: “El tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles o administrativos, salvo en aquellos que, por disposición expresa de la ley, el tutelado pueda ejecutar por sí mismo.”

-
- 1) al cónyuge;
 - 2) a uno de los padres;
 - 3) a uno de los hijos;
 - 4) a uno de los abuelos;
 - 5) a uno de los hermanos.

Cuando sean varios los parientes del mismo grado, el tribunal constituirá la tutela teniendo en cuenta lo que resulte más beneficioso para el incapacitado.

Excepcionalmente, cuando existan razones que lo aconsejen, el tribunal podrá designar tutor a persona distinta de las relacionadas anteriormente. En este caso, preferirá a quien tenga a su cuidado al incapaz o a quien muestre interés en asumir la tutela.

¹³¹ PÉREZ GALLARDO, L. (2013), op., cit., pág. 538

¹³² **Cfr. Cfr. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo Laboral y Económico, Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977.** Artículo 48. El Fiscal representa y defiende a los menores, incapacitados y ausentes, hasta que se les provea de tutores, representantes o encargados del cuidado de sus personas y de la defensa de sus bienes y derechos.

¹³³ **Cfr. Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987.** Artículo 60. Siempre que el representante legal tenga un interés opuesto a su representado, corresponde al fiscal la representación de este último.

Por otro lado, resulta pertinente aclarar que ser tutor no es obligatorio, pero este cargo una vez se asuma, no puede renunciarse salvo que exista una causa legítima y esta debe ser justificada ante el tribunal que conozca del asunto. Al respecto, el artículo 139 se expresa que: “La aceptación del cargo de tutor es voluntaria; pero una vez aceptado no es renunciable sino a virtud de causa legítima debidamente justificada a juicio del tribunal.”

El tutor está obligado a informar al tribunal competente anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta de su administración como establece el artículo 158 al expresar que: “El tutor debe informar y rendir cuenta de su gestión al tribunal por lo menos una vez al año, en la oportunidad que éste le señale. Deberá hacerlo, además, cuantas veces el propio tribunal así lo disponga. Asimismo, notificará al tribunal sus cambios de domicilio”. Los preceptos de nuestro Código de Familia no imponen a los padres la obligación de rendir cuenta como administradores de los bienes de los hijos.

Al instituir la tutela en el Código de Familia cubano, se estableció un solo tipo implantándose una tutela de autoridad, pues el Tribunal es el único órgano encargado de designar tutor como se manifiesta en el artículo 142 apartado segundo al expresar que: “El tribunal competente del lugar en que resida la persona que debe estar sujeta a tutela es el facultado para: constituir la tutela mediante resolución fundada en la que nombrará al tutor”.¹³⁴

Resumiendo, sería conveniente subrayar que la tutela como forma de guardaduría sustituye a la patria potestad y aparece de forma alternativa ante la ausencia de los padres, por lo que no tiene razón de ser si estos permanecen vivos. Su utilización en estas circunstancias implicaría una mayor restricción en las facultades que la patria potestad concede a los progenitores para representar y administrar los bienes y la persona de los hijos, sin excesivas medidas judiciales de control, lo cual resulta lógico por la confianza que esta institución genera, por su propio carácter de derecho natural.

¹³⁴ **Cfr. Código de Familia de la República de Cuba, Ley No. 1289 de 8 de marzo de 1975, artículos 151.139.158.142.**

II.2.3 La patria potestad prorrogada. Su necesario reconocimiento en el ordenamiento jurídico cubano

Otro mecanismo de protección a la persona incapacitada de más reciente surgimiento en la doctrina civil y que además se reconoce muy acertadamente, en el Anteproyecto del Código de Familia, es la patria potestad prorrogada, la viabilidad de su inclusión en las normas sustantivas y procesales cubanas significa la apertura a una protección más efectiva de los hijos que, una vez arribada la mayoría de edad, no cuentan con la posibilidad de dirigir el alcance de sus actos y regir su voluntad; especialmente si se contrasta con la constitución de la tutela como única alternativa posible en el ordenamiento jurídico patrio antes este supuesto, para el cual solo se prevé como variante la declaración de incapacidad judicial.¹³⁵

La aplicación de la institución natural de la patria potestad a puntuales circunstancias que lo ameritan, muestra una protección más efectiva para las personas incapacitadas frente a la tutela como institución vigente dirigida a su tuición.¹³⁶

Es importante destacar que ambas instituciones de guarda implican la sustitución de la persona incapaz en el ejercicio de su capacidad, y aunque tienen una marcada intención protectora de los intereses de estas, también puede resultar peligrosa en cuanto al absolutismo de la misma, al no dejar brecha a la posible voluntad de la persona sujeta a estas formas de protección, lo que refuerza aún más la idea de que las mismas no se avienen como mecanismo de complemento para aquellas personas que se encuentran en un estado de restricción de su capacidad.

II.3 La Restricción de la capacidad en el ordenamiento positivo cubano

La capacidad restringida tiene su tratamiento en la Ley rituarial civil, en su artículo 30,¹³⁷ la cual es demasiado banal en cuanto a su regulación, a pesar de haber visto

¹³⁵ SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. (2015). *La patria potestad prorrogada en Cuba. Valoraciones esenciales para su normalización*, pág. 1. Disponible en: World Wide Web <https://www.researchgate.net/publication/311472227>. Consultado (10/05/2019).

¹³⁶ SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. (2015), op., cit., pág.2

¹³⁷ **Cfr. Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987.** Artículo 30.

la luz permeada de la influencia del derecho socialista europeo y logrado regular un período intermedio entre la incapacidad y la plena capacidad.¹³⁸

El Código Civil, al regular la capacidad restringida en el artículo 30, precisa quiénes “Tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria” lo que implica que la formalización o celebración de un acto que exceda esta posibilidad determine su ineficacia jurídica.

Es dable precisar que aún y cuando se realizará un breve análisis de todos los supuestos previstos para la restricción de la capacidad, la situación prevista en el apartado segundo del referido artículo, por constituir precisamente la persona discapacitada mentalmente, el sujeto sobre el que recae la presente investigación exige un análisis de mayor profundidad.

En situación de capacidad restringida se encuentran, en el apartado primero; “Los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos”. A estos se les permite disponer del estipendio que les ha sido asignado y cuando alcanzan la edad laboral (17 años como regla o excepcionalmente 15 o 16 años de edad) de la retribución que perciban por su trabajo. Como es de notar, con relación a la situación jurídica del menor de edad mayor de 10 años, en nuestro derecho no existe una norma que de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil; concebimos que este goza de una capacidad restringida y a partir de ahí debemos tomar en consideración sus aptitudes naturales por lo que no es extraño pensar en la trascendencia jurídica de la categoría capacidad natural.¹³⁹

En nuestro ordenamiento, a pesar de distinguirse etapas dentro de la minoría de edad reconociéndose un margen de capacidad a partir de los 10 años, no se acepta

Tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria:

- a) los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo;
- b) los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento; y
- c) los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco.

¹³⁸ VALDÉS DÍAZ, C del C. (2006), op., cit., pág. 6

¹³⁹ PÉREZ BERNAL, M. (2008), op., cit., pág. 38 y 39

al menos expresamente, una valoración de la capacidad natural concreta de los menores, pero tampoco se prohíbe.

A modo de resumen, relacionado con la edad como causa modificativa de la capacidad de obrar, nuestro Código Civil establece tres períodos, uno primero de incapacidad absoluta o total que comprende hasta los 10 años de edad, uno segundo de capacidad restringida que abarca desde los 10 años hasta los 18 años de edad que es en el que se va a profundizar en la presente investigación debido a su pertinencia en el tema que se está tratando y un tercer período a partir de los 18 años de edad o del momento en que ha ocurrido la emancipación señalada en que la persona se encuentra en el pleno ejercicio de la capacidad jurídica.

En el segundo apartado se estipula: “Los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento” y por último están: “Los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco”, excluyendo en este caso, la sordomudez, por significar, erróneamente, como ya se analizó, una causal de incapacitación total de la persona, según lo previsto el mencionado artículo 586 de la LPCALE.

Al respecto se puede afirmar que la ausencia parcial de capacidad implica una restricción al ejercicio de los derechos por sí, lo cual ha representado un cúmulo de dificultades para tratarse en el ámbito de la práctica judicial, pudiendo incluso afirmarse que aunque existe al respecto un reciente pronunciamiento del Tribunal,¹⁴⁰ los jueces, con anterioridad a dicho pronunciamiento, no podían reconocer este estado intermedio de incapacitación, pues no existía en el Derecho Procesal cubano un reconocimiento a la capacidad restringida como forma legal aplicable al ejercicio de la capacidad, existiendo como único mecanismo legal para la limitación de la capacidad la declaración de incapacidad total.

Una primera contrariedad se manifiesta cuando el menor que ha arribado a la edad de 10 años que le permite alcanzar la capacidad restringida presenta una enfermedad mental que le provoca ausencia de voluntad e inteligencia. En esta

¹⁴⁰ Instrucción 244/2019 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo.

situación resulta evidente la necesidad de decretarse la falta absoluta de capacidad de obrar, por encontrarse aun sometido a patria potestad y resultarle prohibido realizar actos de gran comprometimiento patrimonial y por no existir procedimiento específico previsto en la ley para ello, aunque nada impide que en tal ocasión pueda utilizarse la vía regulada en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE)¹⁴¹ en los artículos del 586 al 588.¹⁴²

Similar situación presenta el enfermo mental no privado totalmente de discernimiento, en este sentido tampoco la ley había previsto una vía para obtener una declaración de capacidad restringida. Al respecto: "(...) son varios los juristas que coinciden en afirmar que habría que acudir al denominado proceso civil ordinario, es decir, habría que ventilar el asunto en la jurisdicción contenciosa a diferencia del caso relativo a la incapacidad absoluta que transcurre por los trámites de la jurisdicción voluntaria,"¹⁴³ tal y como se prevé en la Instrucción 244/2019 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo.

¹⁴¹ En lo adelante Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

¹⁴² **Cfr. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo Laboral y Económico, Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977.** Artículo 586.- Para la declaración de incapacidad de una persona, por razón de enajenación mental o sordomudez, para ejercitar por sí las acciones y derechos de que sea titular, se formulará solicitud con expresión del nombre, estado civil, domicilio o residencia actual del presunto incapaz, enfermedad que sufre, bienes suyos reconocidos que deban ser objeto de protección judicial y parentesco con el mismo del solicitante, acompañándose certificado del médico de asistencia.

Cfr. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo Laboral y Económico, Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977. Artículo 587.- Podrán formular dicha solicitud:

- 1) el cónyuge;
- 2) la persona a quien, en su caso, correspondería deferirle la tutela;
- 3) cualquiera de los parientes que pudieran heredarlo abintestato;
- 4) el Fiscal, si no lo hiciere alguno de los anteriormente mencionados.

Cfr. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo Laboral y Económico, Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977. Artículo 588.- El Tribunal hará examinar al presunto incapaz por dos médicos distintos del de asistencia, a fin de que informen acerca de la realidad y grado de su incapacidad. Lo examinará personalmente y citará y oír al cónyuge o pariente más próximo que no haya formulado la solicitud.

El Tribunal, visto el informe de los médicos, o sí, conforme a su impresión personal, lo estimare conveniente, podrá disponer otras medidas para confirmar o no dicha incapacidad. Comprobada ésta, declarará la incapacidad y proveerá la tutela del incapacitado.

¹⁴³ COLECTIVO DE AUTORES. (2000), op., cit., pág. 112

Del contenido del referido artículo 30 del CCc, se advierte que no existe un mecanismo para la declaración judicial de capacidad restringida, en cambio sí lo hay para la declaración de incapacidad. Resulta lamentable que la ley civil cubana se limite en este artículo, a presentar los supuestos de capacidad restringida en estricto numerus clausus, pudiéndose apreciar del contenido de este, que por evidente error técnico no se reconoce en la LPCALE la posibilidad de que la capacidad restringida sea declarada judicialmente a través de un proceso de declaración de restricción de la capacidad. Especial análisis merece el tema de la declaración judicial de capacidad restringida, pues ciertamente nuestra ley de procedimiento no reconoce un mecanismo para la declaración de tal estado de incapacitación, fatídica carencia que se intenta suplir con la entrada en vigor de la ya citada Instrucción 244/19, que regula el proceso de restricción del ejercicio de la capacidad de obrar y su gradación en los casos de incapacidad judicialmente declarada mediante la vía ordinaria. En este particular cabe destacar que a pesar del referido reconocimiento, lo cual significa un avance de inapreciable valor, se impone la necesidad de ampliar en el orden sustantivo los efectos de este proceso, lo cual evidentemente trasciende a la calidad y efectividad de la sentencia y de determinar en el orden adjetivo, elementos como, a quién se demandará y la forma en que deberá dirigirse la pretensión de la parte actora. Es oportuno señalar que la resolución judicial que contenga este pronunciamiento sobre la capacidad restringida tiene valor constitutivo porque mientras la persona no esté declarada dentro de este grado de incapacitación es necesario probar su falta de capacidad en cada uno de los actos que realice, en cambio una vez así declarada se constituye una situación jurídica donde los actos que se extraigan de su ejercicio pleno debe realizarlos con la institución complementaria que se designe y si ello no se verifica de esta forma serán ineficaces.

Una segunda contrariedad se encuentra en el análisis literal de la primera idea expresada en el párrafo inicial del alusivo artículo 30, el cual conduce a pensar que las personas con capacidad restringida, que en numerus clausus aparecen regulados seguidamente, tienen restringida su capacidad para realizar todo tipo de actos

jurídicos, estando validados únicamente para realizar aquellos que son indispensables para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria. Esta cuestión pone en problemas a estos sujetos ya que los coloca en situación similar a la de los incapaces.

En cambio, si se hace una interpretación más amplia de la escritura del precepto, ha de entenderse que la capacidad restringida presupone la realidad de que el individuo inmerso en esta situación goza de la posibilidad de realizar algunos actos por sí mismo con valor y eficacia jurídica, siempre y cuando su dificultad psíquica, física o sensorial le permita emitir incuestionablemente su voluntad consciente a través de los medios de comunicación universalmente reconocidos, pudiéndose confrontar en este sentido el artículo 50 del CCc,¹⁴⁴ mientras que otros actos estarán fuera de su ejercicio pleno y sobre ellos no puede decidir con entera libertad sin antes lograr el completamiento a su capacidad de obrar porque su defecto específico lo priva para la realización de los mismos.¹⁴⁵

Una tercera contrariedad, se aprecia con relación al modo de completamiento de la capacidad de obrar, el artículo 32 del CCc establece que: "La incapacidad de las personas referidas en los artículos anteriores se suple en la forma regulada en el Código de Familia y en la ley procesal civil". Del primer término de la redacción de este último precepto invocado se advierte remisión a sus precedentes artículos 30 y 31 que se refieren a la capacidad restringida y a la incapacidad, respectivamente, luego entonces de su propia letra se observa que el primer equívoco del legislador radica en llamar incapaces a los que padecen de capacidad restringida cuando ésta por imperativo legal, reduce las facultades de obrar de una persona, sin considerarla por ello incapaz, otorgándosele la especial condición de apta para ciertas circunstancias que en otras no le reconoce y le fija un ámbito limitado para su actuación. La segunda cuestión estriba en que los incapacitados totalmente y los

¹⁴⁴ **Cfr. Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987.** Artículo 50.1. Los actos jurídicos expresos pueden realizarse oralmente o por escrito.
2. Los actos jurídicos tácitos o los realizados por los que padezcan de alguna limitación que les impida expresar su voluntad oralmente o por escrito, pueden efectuarse de cualquier otro modo comprensible, directamente o mediante intérprete.

¹⁴⁵ BOX NARANJO, L. (2008), op., cit., pág. 22

menores de edad si encuentran en el Código de Familia formas de guarda y custodia, sin embargo, los que sufren de capacidad restringida carecen de un mecanismo de protección legal dentro de este cuerpo normativo.¹⁴⁶

Se aprecia entonces como nuestra legislación establece un límite general de mayoría de edad, que señala el tránsito de la incapacidad a la capacidad de obrar, no obstante, recoge un estadio intermedio de capacidad comprendido entre los 10 y 18 años de edad donde el menor a la vez que tiene prohibido el ejercicio de algunos derechos está habilitado para la realización de otros. Fuera de aquellos actos permitidos en el derecho a los menores que no han alcanzado la mayoría de edad y para que los mismos puedan desenvolverse en su vida, de relación tanto personal como patrimonial, se configura la representación legal por parte de sus padres, mediante la institución de la patria potestad como se establece en el artículo 85.5 del CF,¹⁴⁷ o por un tercero mediante la institución de tutela.

Del examen del supuesto reconocido en el inciso b) del artículo 30 del CCc, se observa que comprende casos de capacidad restringida por razón de enfermedad o retraso mental, los cuales por su alcance, no llevan consigo la declaración judicial de incapacidad, pero sí la restricción del ejercicio de la capacidad de obrar, en tanto los supuestos a que se remiten los incisos a) y b) del artículo 31 de esta norma sustantiva comprenden los casos de incapacidad general como condición que afecta la capacidad de obrar de las personas y les confiere una situación especial de sujeción a ciertas formas de guarda como son la patria potestad y la tutela las cuales no se avienen en lo absoluto como mecanismo de protección para el supuestos previstos en el artículo 30 del CCc, constituyendo la curatela el mecanismo ideal para complementar este estado intermedio de incapacitación.

¹⁴⁶ BOX NARANJO, L. (2008), op., cit., págs. 22 y 23

¹⁴⁷ **Cfr. Código de Familia de la República de Cuba, Ley No. 1289 de 8 de marzo de 1975.**

Artículo 85.- La patria potestad comprende los siguientes derechos y deberes de los padres: representar a sus hijos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés; completar su personalidad en aquéllos para los que se requiera la plena capacidad de obrar; ejercitar oportuna y debidamente las acciones que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes.

Ciertamente el Código Civil cubano no define qué es una enfermedad o retraso mental ni hace uso de una enumeración taxativa de los casos de enfermedades o retrasos mentales que pueden ser declarados con capacidad restringida, debido a que tales definiciones conciernen a las ciencias médicas y no es preciso que aparezcan en la normativa sustantiva en tanto la medicina siempre se pone al servicio de la justicia para complementar el conocimiento de los asuntos por los operadores jurídicos.¹⁴⁸

Por otro lado, el legislador utiliza una redacción general al referirse a estas patologías cuya formulación es admirable, pues con una estipulación en *numerus clausus* se correría el riesgo de que determinado sujeto que padezca de una enfermedad o retraso mental que por no estar contemplado en los supuestos previstos en ley se le enervaría la posibilidad de obtener aquella declaración.

Partiendo del hecho de que no existe una definición que especifique adecuadamente los límites del concepto de “Trastornos Mentales” ha de entenderse como tal: “Al conjunto de síntomas psicopatológicos identificables, que interfieren el desarrollo personal, laboral y social de la persona de manera diferente en intensidad y duración”.¹⁴⁹ No todo individuo que padece de trastorno mental está total o parcialmente limitado en su capacidad de ejercicio.

El retraso mental se define como la capacidad intelectual general significativamente inferior al promedio, que se acompaña de limitaciones de la capacidad adaptativa referidas a cómo afrontan los sujetos las actividades de la vida diaria y cómo cumplen las normas de autonomía personal esperables de su grupo de edad, origen sociocultural, situación en la comunidad.¹⁵⁰

Para la valoración del grado de Retraso Mental se tienen en cuenta determinados rasgos que se agrupan del siguiente modo:¹⁵¹

¹⁴⁸ BOX NARANJO, L. (2008), op., cit., pág. 27

¹⁴⁹ SERRANO, V. (2017), op., cit., pág. 5

¹⁵⁰ VARELA AUTRAN, B. (2004). *La discapacidad en el Derecho español y la Constitución española*. En Discapacidad intelectual y Derecho, IV Jornadas, Granada 23 y 24 de octubre de 2003, Fundación Aequitas, Colección La Llave, número 1, Madrid.

¹⁵¹ BOX NARANJO, L. (2008), op., cit., pág. 28

- ✓ Rasgos psicológicos.
- ✓ Rasgos motores.
- ✓ El lenguaje.
- ✓ Habilidades de autonomía personal y social.
- ✓ Proceso educativo.
- ✓ Proceso ocupacional laboral.
- ✓ Conducta.

Igualmente, en estos casos corresponderá al tribunal auxiliado en criterio de profesionales, precisar la situación de capacidad restringida que presenta la persona y delimitar los actos que se extraen de su ejercicio pleno de actuación.

De la revisión del supuesto reconocido en el inciso c) del artículo 30 del Código Civil se observa que comprende casos de capacidad restringida por razón de impedimento físico. Igual suerte corre este acápite en que por decisión del legislador no se ofrecen instrumentos efectivos que posibiliten definir este concepto, pero para evitar reiteraciones innecesarias se repite aquí lo acotado al respecto de las causas por las que no aparecen en la norma sustantiva cubana las precisiones de enfermedad y retraso mental.

Como es sabido, no todas las personas con discapacidad tienen anulada su capacidad de obrar. Por tanto, sería oportuno reflexionar sobre la idea de que para la completa protección a estas personas resulta imprescindible una declaración judicial de restricción de la capacidad de obrar o al menos un mecanismo legal en el que se reconozca este estado de incapacitación.

La norma sustantiva reconoce la capacidad restringida, pero no su gradación, tampoco examina cómo instrumentar su asistencia mediante las medidas de apoyo necesarias, ni las pautas a las que debe atender el juzgador para determinar cuáles actos podrá materializar eficazmente la persona por sí y cuáles no; de modo tal que su regulación jurídica precisa de un delimitado soporte sustantivo que permita modular su rango, en coherencia con la previsión de las deficiencias físicas o

psíquicas que presente el individuo, lo que brindará debida situación de certeza en la actuación de la persona, a la vez que garantizará la eficacia de sus derechos en el tráfico jurídico.

Allí donde el tribunal limite la actuación del restringido hay que proveer un mecanismo legal habilitante a modo de complemento que le permita el ejercicio efectivo de sus derechos y un desarrollo integral de su persona, siendo el mecanismo más acertado la Curatela, tal y como quedó evidenciado en el primer capítulo de la presente investigación.

II.3.1 La curatela. Mecanismo idóneo de complemento en los supuestos de capacidad restringida.

Haciendo un breve recorrido histórico para pretender explicar lo que sucedió en la legislación cubana con la curatela, es preciso recordar que nuestro Código Civil tomó como referente el Código Civil español, pero al mismo tiempo España recibía el influjo del Derecho Romano. Al tomar de referencia a los romanos, la curaduría que fue minuciosamente tratada por los españoles en sus inicios, fue imperdonablemente abandonada después al promulgarse el Código Civil español de 1888 que hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 1889 se arrastró el lastre de aquella omisión voluntaria, no subsanada a posteriori, ni con las modificaciones que sufrió, ni al promulgarse en 1975 el Código de Familia que a pesar de ver luz luego de 16 años del triunfo de la revolución no tuvo el legislador la claridad necesaria para incorporar esta importante figura de carácter tuitivo. Desde 1990 se avista un nuevo Código de Familia, sin que aún se aprecie su posible promulgación.

Para comenzar el análisis de la Curatela, es necesario resaltar que ante la ausencia de esta institución en Cuba evidentemente esta función es asumida, como fue anteriormente analizado, por los padres en ejercicio de la patria potestad, por los tutores si ésta se hubiere extinguido o por el fiscal en ausencia de éstos, según dispone el artículo 48 de la LPCALE,¹⁵² resultando oportuno destacar que para el

¹⁵² Cfr. **Ley de Procedimiento Civil, Administrativo Laboral y Económico, Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977.** Artículo 48. El Fiscal representa y defiende a los menores, incapacitados y

caso de las personas con capacidad restringida no sería posible asignarle tutor según lo previsto en el artículo 138 del CF¹⁵³ vigente¹⁵⁴, quedando claro que la tutela no puede ser el mecanismo que complemente la capacidad de aquellos que la tengan limitada.

Donde único se encuentra parcamente regulada dicha institución es en el Proyecto del Código de Familia, donde se pretende incluir instituciones como:

1. La patria potestad prorrogada.
2. La curatela.
3. La guarda de hecho de un menor de edad o mayor de edad incapacitado.
4. La autotutela.

Sobre la segunda de estas instituciones se profundizará en este epígrafe al apreciarse en ella el vehículo oportuno para la plena inserción a la sociedad de las personas con capacidad restringida por motivo de enfermedad mental o impedimento físico.

Bajo este prisma no hay dudas entonces que los sujetos sometidos a curatela, según el estudio realizado a través del presente trabajo, son las personas comprendidas en los ya citados incisos b) y c) del artículo 30 del CCc. Pues es el instituto de guarda que por excelencia se aproxima a cubrir los requerimientos de los individuos inmersos en esta situación.

No cualquier persona está en condiciones para ser curador, por ello son varios los requisitos que se necesitan cumplir para ser nombrado en este cargo entre ellos: ser mayor de edad y estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos; no tener antecedentes penales por delitos contra la propiedad o contra las personas o

ausentes, hasta que se les provea de tutores, representantes o encargados del cuidado de sus personas y de la defensa de sus bienes y derechos.

¹⁵³ **Cfr. Código de Familia de la República de Cuba, Ley No. 1289 de 8 de marzo de 1975.**

Artículo 138.- Estarán sujetos a tutela:

- 1) los menores de edad que no estén bajo patria potestad;
- 2) los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez o por otra causa.

¹⁵⁴ COLECTIVO DE AUTORES. (2000), op., cit., págs. 113 y 114

por otros que a juicio del tribunal inhabiliten para ser curador; gozar de buen concepto público; ser ciudadano cubano y no tener intereses antagónicos con los del curatelado.¹⁵⁵

El órgano jurisdiccional para el nombramiento del curador tendrá en cuenta, en primer lugar, a los parientes que estén llamados a heredarlos abintestato, al cónyuge y en defecto de estos a cualquier persona que por sus relaciones con el curatelado esté en disposición de asumir el cargo. Las personas comprendidas en los dos supuestos iniciales, o sea, parientes y cónyuges no pueden eludir el cargo, más los del tercer supuesto lo asumen voluntariamente. Este orden de prelación no puede ser rígido, en todo caso el juez designará curator al más apto y competente para el ejercicio del cargo.

Por otro lado, un número de causas inhabilitarán para el ejercicio de la curaduría, por ejemplo, quienes se encuentren privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad; los que hubieren sido removidos de curatela anterior; los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena; los que tuvieren enemistad absoluta con el restringido y las personas de mala conducta.

El tribunal podrá remover al curador de su cargo cuando incurra en causa legal de inhabilidad, o se conduzca mal en el desempeño de la curatela, por incumplimientos de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio. Será excusable el desempeño de la curatela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones profesionales, por falta de vínculos entre curador y curatelado o por cualquier otra causa justa apreciada por el tribunal resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.¹⁵⁶

La principal obligación del curador es asistir al curatelado en los actos patrimoniales en que este intervenga, cuando así lo haya dispuesto la sentencia. Se considera además indecorosa la existencia de recompensa pecuniaria al curador en tanto se trata de un cargo introducido en beneficio de los necesitados. También se establece en otro de sus preceptos que la curatela se constituirá judicialmente con la

¹⁵⁵ ALVARÉZ TABÍO, A. (2006), op., cit., pág. 615

¹⁵⁶ BOX NARANJO, L. (2008), op., cit., pág. 55

intervención del fiscal y que tendrá por objeto la defensa de los derechos e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de las personas sujetas a ella.

Conforme con el artículo 248 del Proyecto del Código de Familia, “La curatela es la autoridad que se confiere, con carácter transitorio, a una persona mayor de edad para que complemente la capacidad de obrar de otra persona o la asista, atendiendo a la intensidad de su deficiencia por razón de su capacidad restringida o discapacidad, sustentadas por edad o enfermedad.

Súbitamente obsoleto se presenta el ordenamiento familiar cubano en sede de institutos de guarda al circunscribirse únicamente a la patria potestad y a la tutela los que no permiten abrazar en su seno todo el haz de situaciones que la vida práctica depara en materia de personas necesitadas de protección.

Si algo le ha sido criticado con énfasis por la doctrina patria al ordenamiento jurídico cubano en el orden de las medidas de guardaduría son: la rigidez con la que están reguladas las instituciones de guarda y custodia de las personas incapacitadas, con capacidad restringida u otras personas desvalidas.

“Pesa y de qué manera la inexistencia de figuras tradicionales de asistencia como la curatela u otras de facturación normativa más reciente como la patria potestad prorrogada, la rehabilitación de la patria potestad,¹⁵⁷ el acogimiento familiar¹⁵⁸ o el defensor *ad litem*,¹⁵⁹ todas ausentes de nuestro ordenamiento jurídico y que

¹⁵⁷ La patria potestad puede ser rehabilitada por el Tribunal cuando los hijos e hijas mayores de edad sean declarados judicialmente incapacitados, implica una extinción y posterior restauración de la patria potestad, porque el sujeto incapacitado no es ya un menor de edad, sino alcanzó la mayoría, soltero y residiendo con sus padres. En tales casos no se constituye judicialmente la tutela. Disponible en: World Wide Web <http://www.eumed.net/>. Consultado (16/04/2019)

¹⁵⁸ El acogimiento familiar, se trata de una alternativa de convivencia en familia para niños y niñas que se encuentran en una situación de desamparo con el fin de proporcionarles un entorno familiar estable cuando las circunstancias les impiden desarrollar su vida con su familia de origen. Como criterio general, la naturaleza del acogimiento familiar es siempre temporal, su duración abarca hasta que se mejoren las situaciones que determinaron la separación de su familia de origen y/o se propone una solución duradera para el niño. Disponible en: World Wide Web <https://www.cruzroja.es>. Consultado (16/04/2019).

¹⁵⁹ El defensor *ad litem*, es el verdadero representante del demandado en un juicio, quién se equipara a un apoderado judicial, pero de acuerdo a la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia,

ofrecerían un abanico de posibilidades de actuación de los discapacitados a quienes se le restrinjan la capacidad de obrar o se les declare judicialmente incapacitados”.¹⁶⁰

En la práctica judicial cubana todas las formas de guarda se suplen con la tutela, institución con fines muy nobles de protección y asistencia que tiene excelentes propósitos, pero que no podríamos aplicar a los casos en los que se necesita la protección de aquellas personas que poseen una deficiencia mental leve, considerando para tal caso, que la figura oportuna sería la curatela, institución tuitiva que persigue integrar, completar la capacidad de quienes aun siendo capaces, necesitan ser vigilados, controlados, aconsejados o asistidos para concluir determinados actos jurídicos patrimoniales, respetando la esfera de actuación del sometido a curatela. Nuestro Código Civil a pesar de reglamentar la tutela, no regula la curatela como figura de protección para complementar la capacidad a quienes la poseen, pero con carácter limitado.

Sin embargo, pese a la inadmisibilidad de la curatela en nuestro ordenamiento jurídico, si se reconoce como forma de complemento para aquellas personas sujetas a capacidad restringida un sistema de apoyo general consagrado en la reciente Instrucción 244 del 2019 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, entrada en vigor el 15 de marzo del 2019¹⁶¹ y que encuentra precedente y sustento en la CDPD.

este defensor privado no actúa por mandato del demandado, sino que es nombrado por el Tribunal para que le represente y haga los alegatos en el juicio. Disponible en: World Wide Web <http://www.uniroja.net/>. Consultado (16/04/2019)

¹⁶⁰ PÉREZ GALLARDO, L. **La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda**. CD-ROM.

¹⁶¹ **Cfr. Instrucción 244 del 2019 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.**

DÉCIMO SEGUNDO: Para determinar el grado de restricción de la capacidad de obrar por razón de enfermedad, tendrá lugar una audiencia con la intervención de los parientes más próximos de la persona de que se trate, a fin de ser oídos en el proceso, acto en el que se precisarán los elementos que el tribunal considere relevantes para la adopción del régimen de protección pertinente, sea de apoyo o de asistencia, mediante salvaguardias, si fuere procedente. El régimen de protección responderá a las concretas necesidades de la persona, derivadas de si el autogobierno es en el orden personal o patrimonial, si está disminuido o mermado para las actividades propias de la vida diaria, al tiempo que impulsa el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona en la medida que la tiene

Concluyendo, se puede afirmar que el Código de Familia cubano hace evasión sobre la curatela, la propuesta concreta que se antoja es su rápida inserción a este cuerpo normativo siguiendo si se quiere estos apuntes, o mejor aun superándolos, porque irreversibles son ya los males causados a las personas con capacidad restringida por su desamparo ante la ausencia de normas tuitivas. PERÉZ GALLARDO afirma, que se ha sido un tanto irresponsables en el trato jurídico que le hemos dispensado al mal entender que este no es el tiempo de los individuos con capacidad restringida. Estas personas existen y su existencia no radica solo en estar sino también en realizarse, cuya realización le ha sido un tanto negada en el orden jurídico.¹⁶²

Se puede afirmar, entonces, que en el derecho positivo cubano se reconoce de manera discordante la capacidad restringida. En este sentido el CCc en su artículo 30 solo la declara sin destinar ulteriores postulados al desarrollo y consiguiente regulación de la misma, a lo que se suma en primer lugar la errada remisión que realiza en el artículo 32 al Código de Familia donde no se reconoce una institución de guarda que se avenga con las exigencias de dicha restricción y en segundo lugar, la inexistencia de un mecanismo eficaz como cauce legal para la obtención de la declaración judicial de la misma. Tales discordancias en la regulación de la capacidad restringida, afecta sustancialmente el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad intelectual, cuyos individuos pudieran estar sujetos a la referida restricción en tanto dicha discapacidad se manifiesta en diferentes grados, necesitando en ocasiones, solamente de un mecanismo de apoyo en el ejercicio de su capacidad, teniendo en cuenta el alcance o nivel de la misma. Por último, para complementar la capacidad de las personas con capacidad restringida, resulta la

reconocida, cuyo cumplimiento efectivo se verificará anualmente, para evitar que confluyan intereses divergentes o conflictos en su entorno familiar, y conocer la progresión o deterioro en el ejercicio de la capacidad de obrar declarada.

DÉCIMO TERCERO: Deben entenderse los sistemas de apoyo como la medida que facilita el ejercicio de los derechos de una persona, incluyendo el sostén en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien lo requiere. Podrá proponerse directamente por el promovente o disponerse de oficio por el tribunal.

¹⁶² PÉREZ GALLARDO, L. (2006), op., cit., pág. 34

curatela por su propia naturaleza, el mecanismo idóneo dentro de todas las instituciones tuitivas conocidas por las ciencias jurídicas.

II.4. La capacidad restringida desde el saber y quehacer jurídico de los operadores del derecho

Para el desarrollo de la presente investigación se aplicó un cuestionario a operadores del derecho, con el propósito de conocer sus criterios enriquecidos desde la experiencia laboral en el sector jurídico de la provincia. A tales efectos se realizó una entrevista a dos fiscales, del Departamento de Protección a la Familia y Asuntos Jurisdiccionales de la Fiscalía Municipal de Santa Clara, a una abogada especializada en asuntos civiles del Bufete No 1 de Santa Clara y una jueza, de la sección Civil del Tribunal Municipal de Santa Clara.

Un análisis de los datos cualitativos aportados por los instrumentos aplicados, permite dar cuenta de que ciertamente en sede de capacidad restringida se precisa de una reformulación en el ordenamiento jurídico cubano. La totalidad de los entrevistados coinciden en que la restricción de la capacidad no se encuentra debidamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que solo comprende el artículo 30 del Código Civil cubano por lo que sería necesario su regulación en las normas adjetivas a fin de que se establezcan cuestiones procesales necesarias a la hora de llevarse a cabo un proceso de esta índole, ya que en la actualidad todos los casos de personas con capacidad restringida han tenido como cauce procesal la declaración de incapacidad total, aun y cuando no se corresponda en lo absoluto a la situación de la persona. En todos los casos presentados ante el Tribunal de personas que tienen limitada su capacidad, hasta el momento lo que se ha hecho es privarla totalmente de capacidad mediante un proceso de Jurisdicción Voluntaria de declaración de incapacidad puesto que no se encontraba regulada la restricción de la capacidad como un proceso en sí, motivos por los que el tribunal se veía limitado en sus Autos o Sentencias a restringir o graduar su capacidad según la esfera de acción que tuviera limitada, siendo

necesario como consecuencia de lo anterior designarle un tutor al inhábil debido a que la legislación cubana no regula la curatela.¹⁶³

Por otra parte, con la entrada en vigor de la Instrucción 244/2019, respecto a la restricción de la capacidad, se regulan algunos aspectos generales en cuanto a la forma en la que se tramitarán los procesos de este tipo, los cuales, según la mencionada Instrucción, se sustanciarán a través de un proceso ordinario y no por medio de la Jurisdicción Voluntaria como sí se lleva a cabo la declaración judicial de incapacidad, pudiendo a quiénes se le deniegue esta última, establecer posteriormente un proceso de restricción de la capacidad.¹⁶⁴

En cuanto a la Instrucción 244/19, su entrada en vigor pretende establecer el proceso de restricción de capacidad mediante proceso ordinario lo que permitirá a las personas poder ejercer sus derechos y que solo se les restrinja a las actividades que realmente no puede desarrollar. En este particular, constituye un criterio común que a pesar de su existencia se impone la necesidad de ampliar en el orden sustantivo, los efectos de este último proceso, puesto que la Instrucción es de orden adjetivo adoleciendo de elementos como, a quién se demandará en el proceso que se establece la forma en que deberá dirigirse la pretensión de la parte actora.¹⁶⁵

Respecto al procedimiento para la declaración de la capacidad restringida, no existe un criterio uniforme, algunos entrevistados consideran que la tramitación prevista en la Instrucción resulta engorrosa, al establecer dicha declaración mediante un Proceso Ordinario, siendo este, mucho más dilatado que el proceso de Jurisdicción Voluntaria.¹⁶⁶ Otro grupo de entrevistados, consideran que la restricción de la capacidad debe mantenerse regulada tal como está en el Código Civil cubano, aunque ampliándose su contenido en la norma adjetiva, así como en la Instrucción 244/2019, debiéndose declarar mediante un proceso ordinario como lo reconoce la citada Instrucción debido a que, por la naturaleza misma de la institución, no cabría

¹⁶³ Véase Anexo No3. Encuesta No 1

¹⁶⁴ Véase Anexo No3. Encuesta No 1

¹⁶⁵ Véase Anexo No3. Encuesta No 1

¹⁶⁶ Véase Anexo No3. Encuesta No 3

declararse mediante un proceso de Jurisdicción Voluntaria como sucede con la declaración judicial de incapacidad.¹⁶⁷

Es válido destacar, según la opinión de los encuestados la necesidad de rescatar instituciones jurídicas como la curatela, pues solo se regula la tutela en el ordenamiento jurídico cubano. De ello también dependerá la calidad de las Sentencias o Resoluciones Judiciales que dicte el Tribunal en las que deberá quedar esclarecido el sentido y alcance de la restricción.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Véase Anexo No3. Encuesta No 4

¹⁶⁸ Véase Anexo No3. Encuesta No 1

CONCLUSIONES

PRIMERA: La capacidad jurídica se muestra como la aptitud para ser susceptible de derechos y obligaciones y en su ejercicio puede ser modificada pudiendo en definitiva, una persona ser capaz, parcialmente capaz o incapaz. En la persona parcialmente capaz opera la capacidad restringida, la cual reduce sus facultades de obrar, sin considerarla por ello como incapaz, le otorga la especial condición de apta para ciertas circunstancias que en otras no le reconoce y le fija un ámbito limitado para su actuación; necesitando de la asistencia de otra persona, que complemente su capacidad. Un sector significativo de la población que puede estar sujeto a la capacidad restringida lo constituye la persona con discapacidad intelectual.

SEGUNDA: De crucial importancia es la CDPD de la cual Cuba es signataria, dicha norma impone un cambio de paradigma en el tratamiento de esta materia, que supone el reemplazo del sistema de sustitución e incapacitación por el sistema de apoyo en la toma de decisiones. Países como Argentina y España signatarios de la CDPD en su regulación interna implementan los postulados fundamentales de la citada norma.

TERCERA: En Cuba existe una fuerte voluntad política de proteger los derechos de los discapacitados. En el plano interno avalan esta política la Constitución de la República de Cuba, la Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista y en el Plan nacional de desarrollo económico y social hasta 2030. Pese a los alentadores resultados en materia de políticas públicas aún la legislación no llega a estar a tono con los avances logrados en el campo social para la plena inserción de los discapacitados a la sociedad.

CUARTA: El derecho positivo cubano en sede de capacidad restringida es discordante. En primer orden el Código Civil remite al ordenamiento familiar cubano en busca de un instituto de guarda, cuando en él, para quienes se hallan en ese estado intermedio de incapacitación no existe tal artilugio y en segundo orden, su declaración judicial resulta ineficaz aun y cuando este proceso encuentre asidero en la Instrucción 244/2019, adoleciendo este de elementos básicos que permitan su efectiva tramitación, a lo que se suma su incompatibilidad con los postulados de la CDPD y con la política que sigue el país en el tratamiento de los discapacitados.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, M. (1991). **Derecho Civil I, Introducción y Parte General**. Ed. Bosch, Barcelona, Tomo.1
- ALBALADEJO, M. (2002). **Derecho civil. Introducción y Parte General**. Decimoquinta edición, Bosch, Barcelona.
- ALVÁREZ TABÍO, A. (2006). **Evolución del concepto de la curatela**. Discapacidad o Curatela en Colectivo de Autores. Nuevos Perfiles del Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Dra. MESA CASTILLO, Olga. Primera Edición, Rubinzal-Culzoni, Argentina.
- ARAMBURO, M. (1931). **La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del derecho, la historia de la legislación y el derecho vigente en España**. Madrid, ed. 2ª.
- ARÉVALO, J y RAJMIL, A. (2012). **Una nueva mirada jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las personas**. Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Argentina, págs. 6 y 7. Disponible en: World Wide Web <http://www.articulo12.org.ar/2010/documentos/trabajos/comision%20I/1%20rajmi.pdf> Consultado (10/12/2018).
- ARNAU MOYA, F. (2003). **“El derecho privado de la persona”**. Derecho civil I. Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castelló de la Plana.
- BÁEZ CISNEROS, M Y PEÑA RIVERÓN, L. (2012). **Necesidad de instituir La Curatela en el ordenamiento jurídico cubano. En contribuciones a las Ciencias Sociales**. Disponible en: World Wide Web <https://www.eumed.net>. Consultado (10/02/2019)
- BOX NARANJO, L. (2008). **“Una mirada a la regulación jurídica de la capacidad restringida en Cuba”**. Tesis para optar por el título de especialista en derecho civil y patrimonial de familia. Sancti Spíritus. Cuba.
- CIFUENTES, S. (2005). **Régimen general de la capacidad y el denominado Living Will**. Comunicación del académico Dr. Santos CIFUENTES, en la sesión privada

del 10 de noviembre de 2005, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, segunda época, año L, No. 46.

CLEMENTE DÍAZ, T. (1983). **Derecho Civil. Parte General.** Tomo I, Primera Parte, ENPES, La Habana.

Colectivo De Autores. (2014). **Discapacidad Intelectual 10.** En: Manual de atención al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo derivadas de discapacidad intelectual. Disponible en: World Wide Web <http://www.upla.cl/inclusion/>. Consultado (11/11/2018)

Colectivo de Autores. (2016). **Voluntariado con personas con discapacidad intelectual.** Disponible en: World Wide Web <https://www.uma.es/media/>. Consultado (28/01/2019)

_____ **Concepto de Capacidad Jurídica.** Disponible en: World Wide Web <https://www.definición.xyz/2017/04/capacidad-jurídica.html>. Consultado (22/01/2019)

_____ **Concepto de patria potestad rehabilitada.** Disponible en: World Wide Web <http://www.eumed.net/>. Consultado (16/04/2019)

_____ **Concepto de acogimiento familiar.** Disponible en: World Wide Web <https://www.cruzroja.es>. Consultado (16/04/2019)

_____ **Concepto de defensor ad litem.** Disponible en: World Wide Web <http://www.uniroja.net/>. Consultado (16/04/2019)

_____ **Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista.** Aprobado en el VII congreso del PCC en 2017. Disponible en: World Wide Web <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta>. Consultado (11/04/2019)

COTIGNOLA, S. (2015). **De la curatela al sistema de apoyos. Cambio de paradigma a la luz del nuevo Código Civil y Comercial Unificado.** En Diario Zonal de la Mañana. Campaña, BS.AS. Argentina. Disponible en: World Wide Web <https://www.laautenticadefenza.net>. Consultado (12/02/2019)

DE CASTRO, F. (1996). **Compendio de Derecho civil.** Tomo II, Derecho de la persona, VI. 1.º, La persona y su estado civil., Madrid, 3.ª Edición.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952). **Derecho Civil de España**. Tomo II, parte primera, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

DE RUGGIERO, R. (1929). **Instituciones de Derecho civil**. Traducción de la 4ta. Edición italiana. Volumen 1, Editorial Reus, Madrid.

DÍAZ MAGRANS, M. (2006). **La persona individual**. Derecho Civil. Parte General, Ed. Félix Varela.

DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (1982). **Sistema de Derecho Civil**. Volumen II, Edición Tecnos, Madrid.

EGEA, R. (1998). “**Incapacidad natural e incapacidad legal. Personas con incapacidad natural. Nulidad o anulabilidad de los actos o contratos**”. Revista La Notaría, Boletín desde 1995, No. 10. Disponible en: World Wide Web <https://www.libros-revistas-derecho>. Consultado (10/12/2018).

FRANCO CASTELLANOS, C. **Análisis del artículo 30 del código civil cubano**. Disponible en: World Wide Web <https://www.monografias.com>. Consultado (14/11/2018).

GALIANO MARITAN, G. (2012). **La tutela y la curatela. Propositiones de lege ferenda en el ámbito civil y familiar cubano**. Disponible en: World Wide Web <https://www.dialnet.uniroja.es>. Consultado (09/01/2019)

GARCÍA ELIGIO DE LA PUENTE, M. (2006). **Personas con discapacidad auditiva**, en García Eligio de la Puente, M. y Castro Alegret, P.L., Psicología Especial, Tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana.

GORDILLO CAÑAS, A. (1986). **Capacidad, incapacidades, y estabilidad de los contratos**. Cádi.

LETE DEL RÍO, J. (1986). **Derecho de la persona**. En Derecho Civil. Tomo I.

MARCÓ RIBÉ, J. (1990). **Psiquiatría forense**. Barcelona, Salvat.

O'CALLAGHAN, X. (2000). **La declaración de incapacidad**”. En La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales. 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid.

OGAYAR Y AYLLÓN, T. (1968). **La prodigalidad como causa modificativa de la capacidad de obrar**. En Estudios de Derecho Civil en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS. Tomo I, Editorial Gómez, S. L Gorriti.

ORTUÑO Muñoz, P. (1996). **Las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y la salud. La incapacitación como protección. Los internamientos en espacios residenciales**. Disponible en: World Wide Web <https://www.fundacionmarianoruizfunes.com>. Consultado (08/01/2019)

PARRA LUCÁN, M. **De la incapacitación**. En J. RAMS ALBESA (Coordinador).

PERCIANTE RÍOS, V. **Teoría General de las Incapacidades**. En curso de Derecho Civil. Guías de Clases CCEEA- UdelaR. Disponible en: World Wide Web <https://www.pdf.eva.fcea.edu.uy>. Consultado (08/01/2019).

PEREIRA PERÉZ, J. (2018). **El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad. Especial referencia al ordenamiento jurídico cubano**. Tesis presentada en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas. La Habana, Cuba.

PÉREZ BERNAL, M. (2008). **La necesidad del cambio de la normativa cubana sobre responsabilidad civil de los menores de edad**. Tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia. Santa Clara, Cuba.

PÉREZ GALLARDO, L. (2006). **La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda**. IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia, Cuba.

PÉREZ GALLARDO, L. (2013). **Comentarios al Código Civil cubano**. Tomo I, Volumen I. Libro Primero: Relación Jurídica. Editorial Félix Varela. La Habana, Cuba.

PÉREZ PORTO, J Y MERINO, M. (2017). **Definición de la Curatela**. Disponible en: World Wide Web <https://www.definición.de/curatela/>. Consultado (12/02/2019).

_____ **Plan de desarrollo social hasta 2030**. Aprobado en el VII congreso del PCC en 2017. Disponible en: World Wide Web <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Conceptualización>. Consultado (11/04/2019)

PUIG FERRIOL, L. y otros. (1997). **Manual de Derecho Civil**, Ed. Marcial Pons, Madrid, DIEZ PICAZO Y GULLÓN, GHERSI, C. A. (Coordinador), Derecho Civil. Parte General, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.

RODRÍGUEZ CORRÍA, R. (2008). **El ejercicio de la capacidad: una visión crítica de la legislación civil**. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo, número 42, ISSN 1669-4031. Referenciada en LATINDEX

ROVIRA SUEIRO, M. (2006). **Significado jurídico de la capacidad personal, especial consideración de su falta**. Relevancia de la voluntad de las personas para afrontar su propia discapacidad, 1ra Parte. Introducción. Editorial Universitaria Ramón Areces. Disponible en: World Wide Web <https://www.libros-revistas-derecho.vlex.es/source/>. Consultado (12/12/2018)

SCHALOCK ROBERT, L. (1999). **Hacia una nueva concepción de la discapacidad**. Segunda Jornada Científica de Investigación sobre Personas con Discapacidad, Universidad de Salamanca, España. Disponible en: World Wide Web <https://www.scholar.google.com>. Consultado (07/05/2018).

SERRANO, V. (2017). **Intensidad, frecuencia, tipos de apoyo y grado de dependencia**. Disponible en: World Wide Web <http://www.psicosociosanitario.blogspot.comy.html>. Consultado (18/12/2018)

SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. (2005). **La patria potestad prorrogada en Cuba. Valoraciones esenciales para su normalización**. Disponible en: World Wide Web <http://www.researchgate.net/publication/311472227>. Consultado (16/05/2018)

TAMARIT, J. (2005). **Discapacidad intelectual**. En M. G. Milla y F. Mulas (Coord): Manual de atención temprana. Valencia: Ed. Promolibro.

VALDÉS DÍAZ, C. (2002). **Derecho Civil Parte General**, Editorial Félix Varela, La Habana. Fernández Sessarego: Persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI (publicado en Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, No. 24, diciembre de 2003; Corral Talciani, H.: El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida, Universidad de los Andes, 2006.

VALDÉS DÍAZ, C. (2006). **Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana.** Disponible en: World Wide Web <http://www.revistapersona.com>. Consultado (10/11/2018)

VALDÉS DÍAZ, C. (2010). **Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana.** En: Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas De Puebla. Año IV. No. 26. Disponible en: World Wide Web <http://www.redalyc.org/html>. Consultado (07/11/2018)

VALDÉS DÍAZ, C. (2013). **Comentario al artículo 29.** En Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Comentarios al Código Civil Cubano, tomo I. Disposiciones preliminares, Libro Primero: Relación jurídica, volumen I (artículos del 1 al 37), Editorial Félix Varela, La Habana.

VALDÉS LAGO, L. (2009). **El ejercicio de la capacidad por los discapacitados en el Derecho Civil Cubano. Especial referencia a los contratos y testamentos.** Tesis de especialidad en Derecho Civil y Patrimonial de Familia. Santa Clara, Cuba.

VARELA AUTRAN, B. (2004). **La discapacidad en el Derecho español y la Constitución española.** En Discapacidad intelectual y Derecho, IV Jornadas, Granada 23 y 24 de octubre de 2003, Fundación Aequitas, Colección La Llave, número 1, Madrid.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código de Familia de la República de Cuba, Ley 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999.

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977.

Ley 22431 de 16 de marzo de 1981 de Argentina, Sistema de protección integral de las personas discapacitadas.

Ley N° 50/1984 de 28 de diciembre De las Notarías Estatales, editada por el MINJUS, mayo de 1986 y su Reglamento contenido en la Resolución 70 /1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia.

Código Penal de la República de Cuba, Ley N° 62/1987, vigente desde el 30 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

Código Civil de la República de Cuba, Ley N° 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 16ª edición, Civitas, Madrid, 1993.

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

Ley 11 de 2003 de España, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad.

Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994. Edición del Boletín Oficial N° 32.985 del 08 de octubre de 2014

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 2019.

ANEXOS

Anexo 1

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Preámbulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

- a) Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,
- b) Reconociendo que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole,
- c) Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación,
- d) Recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,
- e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y

al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás,

- f) Reconociendo la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad,
- g) Destacando la importancia de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible,
- h) Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano,
- i) Reconociendo además la diversidad de las personas con discapacidad,
- j) Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso,
- k) Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo,
- l) Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad en todos los países, en particular en los países en desarrollo,
- m) Reconociendo el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas

personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza,

- n) Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones,
- o) Considerando que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente,
- p) Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición,
- q) Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación,
- r) Reconociendo también que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño,
- s) Subrayando la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad,
- t) Destacando el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza y reconociendo, a este respecto, la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad,
- u) Teniendo presente que, para lograr la plena protección de las personas con discapacidad, en particular durante los conflictos armados y la ocupación extranjera,

es indispensable que se den condiciones de paz y seguridad basadas en el pleno respeto de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y se respeten los instrumentos vigentes en materia de derechos humanos,

- v) Reconociendo la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales,
- w) Conscientes de que las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos,
- x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones,
- y) Convencidos de que una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados, Convienen en lo siguiente:

Artículo 1 Propósito

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas

barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 2 Definiciones

A los fines de la presente Convención:

La “comunicación” incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso;

Por “lenguaje” se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal;

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;

Por “diseño universal” se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

Artículo 3 Principios generales

Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Artículo 4 Obligaciones generales

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
- b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
- c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;

- d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;
- e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;
- f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;
- g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;
- h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;
- i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.

5. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.

Artículo 5 Igualdad y no discriminación

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Artículo 6 Mujeres con discapacidad

1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

Artículo 7 Niños y niñas con discapacidad

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

Artículo 8 Toma de conciencia

1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

- a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;
 - b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;
 - c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.
2. Las medidas a este fin incluyen:
- a) Poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública destinadas a:
 - i) Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad;
 - ii) Promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad;
 - iii) Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;
 - b) Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad;
 - c) Alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención;
 - d) Promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas.

Artículo 9 Accesibilidad

1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:
 - a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;
 - b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.
2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:
 - a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;
 - b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;
 - c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;
 - d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;
 - e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;
 - f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;

g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida

Internet;

h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.

Artículo 10 Derecho a la vida

Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 11 Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias

Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.

Artículo 12 Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Artículo 13 Acceso a la justicia

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Artículo 14 Libertad y seguridad de la persona

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

- a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;
- b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

Artículo 15 Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

- 1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.
- 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 16 Protección contra la explotación, la violencia y el abuso

- 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.
- 2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que

existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.

3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.
5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

Artículo 17 Protección de la integridad personal

Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 18 Libertad de desplazamiento y nacionalidad

1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás, incluso asegurando que las personas con discapacidad:

Tengan derecho a adquirir y cambiar una nacionalidad y a no ser privadas de la suya de manera arbitraria o por motivos de discapacidad;

- a) No sean privadas, por motivos de discapacidad, de su capacidad para obtener, poseer y utilizar documentación relativa a su nacionalidad u otra documentación de identificación, o para utilizar procedimientos pertinentes, como el procedimiento de inmigración, que puedan ser necesarios para facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento;
- b) Tengan libertad para salir de cualquier país, incluido el propio;
- c) No se vean privadas, arbitrariamente o por motivos de discapacidad, del derecho a entrar en su propio país.

3. Los niños y las niñas con discapacidad serán inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán desde el nacimiento derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser atendidos por ellos.

Artículo 19 Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad

Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

- a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;
- c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en

general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

Artículo 20 Movilidad personal

Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas:

- a) Facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible;
- b) Facilitar el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición a un costo asequible;
- c) Ofrecer a las personas con discapacidad y al personal especializado que trabaje con estas personas capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad;
- d) Alentar a las entidades que fabrican ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo a que tengan en cuenta todos los aspectos de la movilidad de las personas con discapacidad.

Artículo 21 Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, entre ellas:

- a) Facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo adicional, en formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad;
- b) Aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille,

los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales;

c) Alentar a las entidades privadas que presten servicios al público en general, incluso mediante Internet, a que proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso;

d) Alentar a los medios de comunicación, incluidos los que suministran información a través de Internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad;

e) Reconocer y promover la utilización de lenguas de señas.

Artículo 22 Respeto de la privacidad

1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones.
2. Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 23 Respeto del hogar y de la familia

1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:
 - a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;

- b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;
- c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.
2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.
 3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.
 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.
 5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

Artículo 24 Educación

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:
 - a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;
 - b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;
 - c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.
2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:
 - a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;
 - b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;
 - c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;
 - d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;
 - e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

3. Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas:
 - a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares;
 - b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas;
 - c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.
4. A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.
5. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad.

Artículo 25 Salud

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de

discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

- a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;
- b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;
- c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;
- d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;
- e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;
- f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

Artículo 26 Habilitación y rehabilitación

1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas:
 - a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona;
 - b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales.
2. Los Estados Partes promoverán el desarrollo de formación inicial y continua para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitación y rehabilitación.
3. Los Estados Partes promoverán la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnologías de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitación y rehabilitación.

Artículo 27 Trabajo y empleo

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

- a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;
- b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;
- c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;
- d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;
- e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;
- f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;
- g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;
- h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;
- i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;
- j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;

- k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.
- 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.

Artículo 28 Nivel de vida adecuado y protección social

- 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.
- 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:
 - a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad;
 - b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza;
 - c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados;
 - d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública;

- e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

Artículo 29 Participación en la vida política y pública

Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena

y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:

- i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;
- ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;
- iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar;

b) Promover activamente un entorno en el que las personas con

discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas:

- i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos;

- ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones.

Artículo 30 Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a participar, en igualdad de condiciones con las demás, en la vida cultural y adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar que las personas con discapacidad:

- a) Tengan acceso a material cultural en formatos accesibles;
- b) Tengan acceso a programas de televisión, películas, teatro y otras actividades culturales en formatos accesibles;
- c) Tengan acceso a lugares en donde se ofrezcan representaciones o servicios culturales tales como teatros, museos, cines, bibliotecas y servicios turísticos y, en la medida de lo posible, tengan acceso a monumentos y lugares de importancia cultural nacional.

2. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual, no sólo en su propio beneficio sino también para el enriquecimiento de la sociedad.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes, de conformidad con el derecho internacional, a fin de asegurar que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales.

4. Las personas con discapacidad tendrán derecho, en igualdad de condiciones con las demás, al reconocimiento y el apoyo de su identidad cultural y lingüística específica, incluidas la lengua de señas y la cultura de los sordos.

5. A fin de que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones con las demás en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para:

- a) Alentar y promover la participación, en la mayor medida posible, de las personas con discapacidad en las actividades deportivas generales a todos los niveles;
- b) Asegurar que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de organizar y desarrollar actividades deportivas y recreativas específicas para dichas personas y de participar en dichas actividades y, a ese fin, alentar a que se les ofrezca, en igualdad de condiciones con las demás, instrucción, formación y recursos adecuados;
- c) Asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a instalaciones deportivas, recreativas y turísticas;
- d) Asegurar que los niños y las niñas con discapacidad tengan igual acceso con los demás niños y niñas a la participación en actividades lúdicas, recreativas, de esparcimiento y deportivas, incluidas las que se realicen dentro del sistema escolar;
- e) Asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a los servicios de quienes participan en la organización de actividades recreativas, turísticas, de esparcimiento y deportivas.

Artículo 31 Recopilación de datos y estadísticas

1. Los Estados Partes recopilarán información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención. En el proceso de recopilación y mantenimiento de esta información se deberá:

- a) Respetar las garantías legales establecidas, incluida la legislación

sobre protección de datos, a fin de asegurar la confidencialidad y el respeto de la privacidad de las personas con discapacidad;

- b) Cumplir las normas aceptadas internacionalmente para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como los principios éticos en la recopilación y el uso de estadísticas.

2. La información recopilada de conformidad con el presente artículo se desglosará, en su caso, y se utilizará como ayuda para evaluar el cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones conforme a la presente Convención, así como para identificar y eliminar las barreras con que se enfrentan las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos.

3. Los Estados Partes asumirán la responsabilidad de difundir estas estadísticas y asegurar que sean accesibles para las personas con discapacidad y otras personas.

Artículo 32 Cooperación internacional

1. Los Estados Partes reconocen la importancia de la cooperación internacional y su promoción, en apoyo de los esfuerzos nacionales para hacer efectivos el propósito y los objetivos de la presente Convención, y tomarán las medidas pertinentes y efectivas a este respecto, entre los Estados y, cuando corresponda, en asociación con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes y la sociedad civil, en particular organizaciones de personas con discapacidad. Entre esas medidas cabría incluir:

- a) Velar por que la cooperación internacional, incluidos los programas de desarrollo internacionales, sea inclusiva y accesible para las personas con discapacidad;
- b) Facilitar y apoyar el fomento de la capacidad, incluso mediante el intercambio y la distribución de información, experiencias, programas de formación y prácticas recomendadas;
- c) Facilitar la cooperación en la investigación y el acceso a

conocimientos científicos y técnicos;

- d) Proporcionar, según corresponda, asistencia apropiada, técnica y económica, incluso facilitando el acceso a tecnologías accesibles y de asistencia y compartiendo esas tecnologías, y mediante su transferencia.

2. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de las obligaciones que incumban a cada Estado Parte en virtud de la presente Convención.

Artículo 33 Aplicación y seguimiento nacionales

1. Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles.

2. Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos.

3. La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento.

Artículo 34 Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad

1. Se creará un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, "el Comité") que desempeñará las funciones que se enuncian a continuación.
2. El Comité constará, en el momento en que entre en vigor la presente

Convención, de 12 expertos. Cuando la Convención obtenga otras 60 ratificaciones o adhesiones, la composición del Comité se incrementará en seis miembros más, con lo que alcanzará un máximo de 18 miembros.

3. Los miembros del Comité desempeñarán sus funciones a título personal y serán personas de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas a que se refiere la presente Convención. Se invita a los Estados Partes a que, cuando designen a sus candidatos, tomen debidamente en consideración la disposición que se enuncia en el párrafo 3 del artículo 4 de la presente Convención.
4. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes, que tomarán en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad.
5. Los miembros del Comité se elegirán mediante voto secreto de una lista de personas designadas por los Estados Partes de entre sus nacionales en reuniones de la Conferencia de los Estados Partes. En estas reuniones, en las que dos tercios de los Estados Partes constituirán quórum, las personas elegidas para el Comité serán las que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.
6. La elección inicial se celebrará antes de que transcurran seis meses a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Por lo menos cuatro meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidatos en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán, por orden alfabético, todas las personas así propuestas, con indicación de los Estados Partes que las hayan propuesto, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.
7. Los miembros del Comité se elegirán por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. Sin embargo, el mandato de seis de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años;

inmediatamente después de la primera elección, los nombres de esos seis miembros serán sacados a suerte por el presidente de la reunión a que se hace referencia en el párrafo 5 del presente artículo.

8. La elección de los otros seis miembros del Comité se hará con ocasión de las elecciones ordinarias, de conformidad con las disposiciones pertinentes del presente artículo.
9. Si un miembro del Comité fallece, renuncia o declara que, por alguna otra causa, no puede seguir desempeñando sus funciones, el Estado Parte que lo propuso designará otro experto que posea las cualificaciones y reúna los requisitos previstos en las disposiciones pertinentes del presente artículo para ocupar el puesto durante el resto del mandato.
10. El Comité adoptará su propio reglamento.
11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y las instalaciones que sean necesarios para el efectivo desempeño de las funciones del Comité con arreglo a la presente Convención y convocará su reunión inicial.
12. Con la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención percibirán emolumentos con cargo a los recursos de las Naciones Unidas en los términos y condiciones que la Asamblea General decida, tomando en consideración la importancia de las responsabilidades del Comité.
13. Los miembros del Comité tendrán derecho a las facilidades, prerrogativas e inmunidades que se conceden a los expertos que realizan misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas.

Artículo 35 Informes presentados por los Estados Partes

1. Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los

progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate.

2. Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite.
3. El Comité decidirá las directrices aplicables al contenido de los informes.
4. El Estado Parte que haya presentado un informe inicial exhaustivo al Comité no tendrá que repetir, en sus informes ulteriores, la información previamente facilitada. Se invita a los Estados Partes a que, cuando preparen informes para el Comité, lo hagan mediante un procedimiento abierto y transparente y tengan en cuenta debidamente lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 4 de la presente Convención.
5. En los informes se podrán indicar factores y dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la presente Convención.

Artículo 36 Consideración de los informes

1. El Comité considerará todos los informes, hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate. Éste podrá responder enviando al Comité cualquier información que desee. El Comité podrá solicitar a los Estados Partes más información con respecto a la aplicación de la presente Convención.

2. Cuando un Estado Parte se haya demorado considerablemente en la presentación de un informe, el Comité podrá notificarle la necesidad de examinar la aplicación de la presente Convención en dicho Estado Parte, sobre la base de información fiable que se ponga a disposición del Comité, en caso de que el informe pertinente no se presente en un plazo de tres meses desde la notificación. El Comité invitará al Estado Parte interesado a participar en dicho examen. Si el Estado Parte respondiera presentando el informe pertinente, se aplicará lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas pondrá los informes a disposición de todos los Estados Partes.

4. Los Estados Partes darán amplia difusión pública a sus informes en sus propios países y facilitarán el acceso a las sugerencias y recomendaciones generales sobre esos informes.

5. El Comité transmitirá, según estime apropiado, a los organismos especializados, los fondos y los programas de las Naciones Unidas, así como a otros órganos competentes, los informes de los Estados Partes, a fin de atender una solicitud o una indicación de necesidad de asesoramiento técnico o asistencia que figure en ellos, junto con las observaciones y recomendaciones del Comité, si las hubiera, sobre esas solicitudes o indicaciones.

Artículo 37 Cooperación entre los Estados Partes y el Comité

1. Los Estados Partes cooperarán con el Comité y ayudarán a sus miembros a cumplir su mandato.

2. En su relación con los Estados Partes, el Comité tomará debidamente en consideración medios y arbitrios para mejorar la capacidad nacional de aplicación de la presente Convención, incluso mediante la cooperación internacional.

Artículo 38 Relación del Comité con otros órganos

A fin de fomentar la aplicación efectiva de la presente Convención y de estimular la cooperación internacional en el ámbito que abarca:

a) Los organismos especializados y demás órganos de las Naciones Unidas tendrán derecho a estar representados en el examen de la aplicación de las disposiciones de la presente Convención que entren dentro de su mandato. El Comité podrá invitar también a los organismos especializados y a otros órganos competentes que considere apropiados a que proporcionen asesoramiento especializado sobre la aplicación de la Convención en los ámbitos que entren dentro de sus respectivos mandatos. El Comité podrá invitar a los organismos especializados y a otros órganos de las Naciones Unidas a que presenten informes sobre la aplicación de la Convención en las esferas que entren dentro de su ámbito de actividades;

b) Al ejercer su mandato, el Comité consultará, según proceda, con otros órganos pertinentes instituidos en virtud de tratados internacionales de derechos humanos, con miras a garantizar la coherencia de sus respectivas directrices de presentación de informes, sugerencias y recomendaciones generales y a evitar la duplicación y la superposición de tareas en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 39 Informe del Comité

El Comité informará cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en la Convención. Esas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité, junto con los comentarios, si los hubiera, de los Estados Partes.

Artículo 40 Conferencia de los Estados Partes

1. Los Estados Partes se reunirán periódicamente en una Conferencia de los Estados Partes, a fin de considerar todo asunto relativo a la aplicación de la presente Convención.
2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de los Estados Partes en un plazo que no superará los seis meses contados a partir de la entrada en vigor de la presente Convención. Las reuniones ulteriores, con periodicidad bienal o cuando lo decida la Conferencia de los Estados Partes, serán convocadas por el Secretario General.

Artículo 41 Depositario

El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

Artículo 42 Firma

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados y las organizaciones regionales de integración en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, a partir del 30 de marzo de 2007.

Artículo 43 Consentimiento en obligarse

La presente Convención estará sujeta a la ratificación de los Estados signatarios y a la confirmación oficial de las organizaciones regionales de integración signatarias. Estará abierta a la adhesión de cualquier Estado u organización regional de integración que no la haya firmado.

Artículo 44 Organizaciones regionales de integración

1. Por “organización regional de integración” se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada a la que sus Estados miembros hayan transferido competencia respecto de las cuestiones regidas por la presente Convención. Esas organizaciones declararán, en sus instrumentos de confirmación oficial o adhesión, su grado de competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Posteriormente, informarán al depositario de toda modificación sustancial de su grado de competencia.

2. Las referencias a los “Estados Partes” con arreglo a la presente Convención serán aplicables a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia.

3. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 45 y en los párrafos 2 y 3 del artículo 47 de la presente Convención, no se tendrá en cuenta ningún instrumento depositado por una organización regional de integración.

4. Las organizaciones regionales de integración, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto en la Conferencia de los Estados Partes, con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en la presente Convención. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

Artículo 45 Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión.

2. Para cada Estado y organización regional de integración que ratifique la Convención, se adhiera a ella o la confirme oficialmente una vez que haya sido

depositado el vigésimo instrumento a sus efectos, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado su propio instrumento.

Artículo 46 Reservas

1. No se permitirán reservas incompatibles con el objeto y el propósito de la presente Convención.
2. Las reservas podrán ser retiradas en cualquier momento.

Artículo 47 Enmiendas

1. Los Estados Partes podrán proponer enmiendas a la presente Convención y presentarlas al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación, al menos un tercio de los Estados Partes se declara a favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia será sometida por el Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su aprobación y posteriormente a los Estados Partes para su aceptación.

2. Toda enmienda adoptada y aprobada conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que el número de instrumentos de aceptación depositados alcance los dos tercios del número de Estados Partes que había en la fecha de adopción de la enmienda. Posteriormente, la enmienda entrará en vigor para todo Estado Parte el trigésimo día a partir de aquel en que hubiera depositado su propio instrumento de aceptación. Las enmiendas serán vinculantes exclusivamente para los Estados Partes que las hayan aceptado.

3. En caso de que así lo decida la Conferencia de los Estados Partes por consenso, las enmiendas adoptadas y aprobadas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo que guarden relación exclusivamente con los

artículos 34, 38, 39 y 40 entrarán en vigor para todos los Estados Partes el trigésimo día a partir de aquel en que el número de instrumentos de aceptación depositados alcance los dos tercios del número de Estados Partes que hubiera en la fecha de adopción de la enmienda.

Artículo 48 Denuncia

Los Estados Partes podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia tendrá efecto un año después de que el Secretario General haya recibido la notificación.

Artículo 49 Formato accesible

El texto de la presente Convención se difundirá en formatos accesibles.

Artículo 50 Textos auténticos

Los textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso de la presente Convención serán igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios abajo firmantes, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

Anexo 2

INSTRUCCIÓN No. 244 del Tribunal Supremo Popular.

Emite Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular instrucciones generales a los órganos de justicia del país sobre el modo de proteger y asegurar los derechos y garantías de las personas con discapacidad en los procesos judiciales que les conciernen.

MARÍA BELÉN HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, SECRETARIA DEL CONSEJO DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR.

CERTIFICO: que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en sesión ordinaria celebrada el quince de marzo de dos mil diecinueve, aprobó la Instrucción que es del tenor siguiente:

POR CUANTO: En evitación de la exclusión social, sobre el principio de que la capacidad se presume plena, y de que la declaración judicial de incapacidad implica la muerte civil de la persona, es que han de instrumentarse adecuados y accesibles procedimientos para el ejercicio y defensa de los derechos subjetivos de las personas con discapacidad.

POR CUANTO: La plena capacidad se entiende inherente a toda persona desde su nacimiento, al tiempo que su deterioro o disminución tiene impacto ineludible en el eficaz ejercicio de su capacidad jurídica, según la discapacidad concurrente sea congénita o sobrevenida.

POR CUANTO: La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), aprobada en Nueva York en el año 2006, y de la que Cuba es signataria desde el 26 de abril de 2007, ratificada el 6 de septiembre del propio año, sienta como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto a su dignidad. En virtud del citado tratado internacional, los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al régimen de apoyo que puedan necesitar en su ejercicio

POR CUANTO: La CDPD consagra las medidas de apoyo, postulando un cambio del modelo de sustitución hacia un modelo de corte social, de derechos humanos, a fin de propiciar la integración social de las personas con discapacidad, la potenciación de la autonomía a partir de conocimiento de las preferencias de estas, brindando orientaciones generales a los Estados partes para que garanticen, con sus legislaciones y mecanismos jurídicos internos, la integración de las personas con discapacidad a la sociedad en todos los ámbitos, con el objeto de que mantengan su autonomía y autogobierno, aboliendo la tendencia de que resulten dependientes toda su vida, o buena parte de ella, para asumir como premisa que solo requieren de ayuda temporal y en determinadas esferas de actuación.

POR CUANTO: Teniendo en cuenta los diversos conflictos que se presentan en la práctica judicial, resulta necesario uniformar los criterios procesales a seguir en relación con la modificación en el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona, desde los procesos de incapacitación judicial, el cual debe apreciarse judicialmente con un valor residual y excepcional; la gradación de la capacidad y el cauce para sustanciar y resolver el ejercicio parcial o restringido de esta, limitando su pleno ejercicio, según sea el caso, así como el régimen de protección que, indistintamente, proceda, de conformidad con los artículos 1 y 3 a), y los apartados 3 y 4 del Artículo 12, vistos en relación con el 13, todos de la CDPD, con el objeto de validar la implementación de sus postulados, en coherencia con las regulaciones sustantivas y procesales vigentes.

POR TANTO: En uso de las facultades que le están conferidas, a tenor de lo preceptuado en el Artículo 19.1 h) de la Ley No. 82, “De los tribunales populares”, de 11 de julio de 1997, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular procede a dictar la siguiente:

INSTRUCCIÓN No. 244

PRIMERO: La declaración de incapacidad en el ámbito judicial, que es de carácter excepcional, se tramitará en jurisdicción voluntaria, o mediante proceso contencioso, según corresponda, en observancia de los principios de plena capacidad de la

persona, la dignidad humana como derecho fundamental, el acceso e igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la celeridad debida por la sensibilidad de su objeto.

SEGUNDO: Están legitimados para promover la solicitud de la declaración judicial de incapacidad los sujetos previstos en la ley, sin que deba entenderse como un orden de preferencia. Constituye presupuesto de la promoción la presentación del inventario de bienes que posee el presunto incapaz.

TERCERO: Corresponde al tribunal diligenciar el informe o dictamen médico, en coordinación con las instituciones y personal calificado al efecto, el cual no ha de ser conceptual, debe referir la específica enfermedad o padecimiento de la persona, si es cíclica o con fases intermitentes, si sus efectos son temporales o permanentes, si es degenerativa, progresiva o regresiva, si la afección o patología alcanza a afectar los procesos psíquicos ordinarios de la persona, al punto de enervar el ejercicio correcto de la inteligencia y voluntad, dígase la lucidez, juicio o raciocinio, entre otras consecuencias atendibles en el orden clínico, de modo que permita concluir si la enfermedad constituye causa legal de incapacitación, en tanto prive, o no, a la persona de aptitud para el autogobierno.

CUARTO: El tribunal examinará a la persona a la que se pretende modificar el ejercicio de la capacidad, con el objeto de corroborar, por sí, su autonomía personal, doméstica y social, para ponderar con justo sentido racional, la dimensión real de su autogobierno; a esos efectos, debe utilizar cuantas herramientas estén a su alcance, en provecho no solo de corroborar extremos afines a su persona, sino también para, desde ese trámite, cerciorarse de quién pudiera ejercitar con superior idoneidad el cargo tutelar, entre los familiares con preferencia. Se dejará constancia en el acta de las interrogantes formuladas de las respuestas ofrecidas por el examinado, su independencia o autonomía física, sus discapacidades sensoriales, sus expresiones comunicativas y cuantas circunstancias pudieran determinar la carencia de plena capacidad de ejercicio.

QUINTO: Se proveerá la tutela en el plazo de treinta días ulteriores a la firma de la resolución que declara la incapacitación y el régimen de protección pertinente, para suplir la falta de capacidad de obrar, a instancia del fiscal, la cual se le notificará a tal

efecto, procediendo el tribunal a la formulación de inventarios iniciales, para un efectivo control judicial del patrimonio de la persona protegida, velando porque el tutor o quien asuma la guarda, según el caso, anualmente rinda cuenta de su gestión, incluidos los directores de establecimientos asistenciales en que pudieran hallarse, que alcanzará, además de la atención a las necesidades perentorias del pupilo, hasta el ámbito de los afectos, incluida la prevención de posible abuso de su persona, de cuyas resultas se dará traslado al fiscal y, de ser necesario, podrá ser verificado por cuantas diligencias resulten procedentes, a tal fin. La remoción de la tutela se promoverá por igual plazo al anteriormente referido, a instancia del fiscal o de los sujetos legitimados, conforme el apartado dos de la presente y, al igual que la tutela, se sustanciará en las propias actuaciones del proceso de incapacitación.

SEXTO: De conformidad con el principio de dignidad humana, ha de dispensarse especial protección a los derechos subjetivos de la persona con enfermedad o retraso mental que restrinja su capacidad, ya sea para que los ejerciten por sí, o mediante la asistencia de un tercero; con expreso reconocimiento del cúmulo de facultades que integran su contenido, tanto en el orden sustantivo como en lo procesal, protección que ha de concederse en la gradación que corresponda, lo que tendrá lugar mediante suficiente cognición, indubitada probanza, contradicción y oficiosidad del juzgador.

SÉPTIMO: Es competencia de los tribunales municipales populares, con amparo en el Artículo 5.2, de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, como resultó modificada por el Decreto-Ley No. 241, de 27 de septiembre de 2006; de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 9, 10 y 11.5, todos de la invocada ley adjetiva, conocer por la vía del proceso ordinario las demandas sobre la restricción del ejercicio de la capacidad de obrar y las que se contraen a su gradación en los casos de incapacidad judicialmente declarada.

OCTAVO: Están legitimados para establecer el proceso de restricción en el ejercicio de la capacidad de obrar, los relacionados en el apartado dos de la presente, así como aquellos que, por razón del ejercicio de su cargo, tengan conocimiento de la

existencia del estado de necesidad de la persona en la que concurra causal de restricción de la capacidad de obrar.

NOVENO: El tribunal, para apreciar la causal de restricción prevista en el inciso b) del Artículo 30 del Código Civil, frente a la indefinición respecto a la enfermedad o retraso mental, que no implica una carencia total del discernimiento, tendrá que valerse de la experticia de especialistas en la materia, a fin de constatar la presencia en la persona de enfermedad física o psíquica, sea congénita o sobrevenida, que le produzcan un limitado autogobierno, que la enfermedad o deficiencia física o psíquica no genere en la persona que la padece un estado incapacitante permanente, y que las facultades cognoscitivas y volitivas de la persona no queden excluidas en toda su extensión, de modo que no se afecte completamente la potencialidad de entender o querer.

DÉCIMO: El tribunal, en la fase probatoria del proceso, velará porque se garantice el válido ejercicio, por la persona, del derecho constitucional a su autonomía personal, su inclusión y participación social.

DÉCIMO PRIMERO: El tribunal, para declarar la restricción de la capacidad de obrar, procederá conforme al apartado cuatro de la presente Instrucción y se pronunciará de forma expresa respecto a los límites y alcance del actuar de la persona, para lo que atenderá, en lo pertinente, a las disposiciones contenidas en la Instrucción 216, de 17 de mayo de 2012, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, con recta observancia de los principios integradores de inmediatez, concentración, oralidad, igualdad de las partes, amplias facultades del órgano judicial, tanto en la práctica de las pruebas como en la dirección del proceso, impulso procesal de oficio y protección cautelar.

DÉCIMO SEGUNDO: Para determinar el grado de restricción de la capacidad de obrar por razón de enfermedad, tendrá lugar una audiencia con la intervención de los parientes más próximos de la persona de que se trate, a fin de ser oídos en el proceso, acto en el que se precisarán los elementos que el tribunal considere relevantes para la adopción del régimen de protección pertinente, sea de apoyo o de asistencia, mediante salvaguardias, si fuere procedente. El régimen de protección

responderá a las concretas necesidades de la persona, derivadas de si el autogobierno es en el orden personal o patrimonial, si está disminuido o mermado para las actividades propias de la vida diaria, al tiempo que impulsa el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona en la medida que la tiene reconocida, cuyo cumplimiento efectivo se verificará anualmente, para evitar que confluyan intereses divergentes o conflictos en su entorno familiar, y conocer la progresión o deterioro en el ejercicio de la capacidad de obrar declarada.

DÉCIMO TERCERO: Deben entenderse los sistemas de apoyo como la medida que facilita el ejercicio de los derechos de una persona, incluyendo el sostén en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien lo requiere. Podrá proponerse directamente por el promovente o disponerse de oficio por el tribunal.

DÉCIMO CUARTO: El criterio de la mejor interpretación de la voluntad tendrá como soporte la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones del consentimiento que haya realizado el sujeto en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra valoración pertinente para el caso concreto.

DÉCIMO QUINTO: Las salvaguardias son medidas que se adoptan para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe el apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien los brinda, así como evitar la afectación o poner en riesgo el adecuado ejercicio de los derechos de las personas asistidas.

DÉCIMO SEXTO: El tribunal podrá exigir a las instituciones pertinentes que coadyuven mancomunadamente al efectivo diligenciamiento de las medidas adoptadas en el decurso del proceso, sean de oficio o a instancia de parte, para garantizar, con su intervención, el cumplimiento de acciones encaminadas a la protección de la persona o su patrimonio durante la sustanciación del asunto y, posteriormente, para el debido control judicial sobre el desarrollo del régimen tutelar dispuesto.

DÉCIMO SÉPTIMO: La sentencia que se dicte en el proceso de modificación del ejercicio de la capacidad de obrar será de lectura fácil, de modo que le permita a la persona entender, a su alcance, lo pronunciado respecto a su actuación y el apoyo o salvaguardias dispuestos, según sea el caso; la cual deberá contener específico pronunciamiento sobre la extensión y límites de la restricción del ejercicio de la capacidad de obrar que posee (ámbito de actuación); declaración de los actos que no podrá materializar por sí, delimitándolos en sentido genérico (patrimoniales, personales o de sostenimiento, entre otros); el régimen de protección, de ser procedente, así como quién ejercerá dicho cargo, de haberse solicitado, para los actos específicos que no pueda desplegar por sí, sin que nada obste para que pueda nombrarse a más de una persona a tales efectos; así como la disposición de su inscripción en el Registro del Estado Civil correspondiente. En ningún caso se impondrá condena sobre costas procesales.

DÉCIMO OCTAVO: En relación con los actos concretos que podrá materializar la persona con el ejercicio de la capacidad de obrar restringida, están los patrimoniales, concernientes a la libertad e independencia en la actividad socioeconómica; son actos de disposición sobre los bienes que integran su patrimonio. Son de sostenimiento los que implican asumir y enfrentar los problemas de la vida diaria, en correspondencia con sus habilidades individuales, de acuerdo con su edad y contexto socio-cultural. Son personales los que le permiten desarrollarse adecuadamente dentro de su entorno, manteniendo su autonomía en relación con las necesidades físicas básicas, incluyendo alimentación, higiene y cuidado personal.

DÉCIMO NOVENO: El tribunal podrá disponer uno o varios sistemas de apoyo o salvaguardias, de conformidad con los apartados 3 y 4 del Artículo 12 de la CDPD, visto en relación con el 20 del Código Civil, a instancia de parte o de oficio; en todo caso, se atenderá la concreta circunstancia que concurra en la persona y se adoptará en la medida que lo requiera.

VIGÉSIMO: Si no quedara acreditada la capacidad plena que se pretende modificar, sobre la convicción de que la enfermedad mental que invalidó el actuar consciente y voluntario de la persona no remitió del todo, se procederá a graduar su esfera de

acción, acorde con las reglas que se instruyen, para declarar la restricción del ejercicio de la capacidad de obrar.

Comuníquese la presente Instrucción a los vicepresidentes y presidentes de sala del Tribunal Supremo Popular; a los presidentes de los tribunales provinciales populares y, por su conducto, a los presidentes de los tribunales municipales populares; a la fiscal general de la República de Cuba y al presidente de la Junta Nacional de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, para su conocimiento y efectos, y publíquese en la Gaceta Oficial de la República, para su general conocimiento.

Anexo 3

Encuesta # 1

Nombre: Neddy Gómez Trimiño. Fiscal Municipal del Departamento de Protección a la Familia y Asuntos Jurisdiccionales del Municipio de Santa Clara.

1. ¿Conoce Ud. acerca de la capacidad restringida como forma del ejercicio de la capacidad?

La capacidad restringida como forma del ejercicio de la capacidad, se regula en el Código Civil cubano y opera para aquellas personas que, a pesar de poseer capacidad, esta se encuentra limitada en su ejercicio, se refiere a una serie de actos que puede realizar el sujeto por sí mismo pero que, para ser válidos, necesitan del consentimiento o asistencia de otra persona, que complementa su capacidad.

2. ¿Cree Ud. que se encuentra debidamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico?

No considero que la restricción de la capacidad se encuentre debidamente reconocida en nuestro Ordenamiento Jurídico debido a que solo comprende el artículo 30 del Código Civil cubano por lo que sería necesario su regulación en las normas adjetivas a fin de que se establezcan cuestiones procesales necesarias a la hora de llevarse a cabo un proceso de esta índole, ya que en la actualidad todos los casos de personas con capacidad restringida han tenido como cauce procesal la declaración de incapacidad total aun y cuando no se corresponda en lo absoluto a la situación de la persona. Por otra parte, con la entrada en vigor de la Instrucción 244/2019, respecto a la restricción de la capacidad, se regulan algunos aspectos generales de la forma en la cual se tramitará los procesos de este tipo, los cuales se sustanciarán a través de un proceso ordinario y no por medio de la Jurisdicción Voluntaria como sí se lleva a cabo la declaración judicial de incapacidad, pudiendo a quienes se le deniegue esta última, establecer posteriormente un proceso de restricción de la capacidad. A pesar de la existencia de la referida Instrucción es necesario ampliar en el orden sustantivo, los efectos de este último proceso, puesto que la Instrucción es de orden adjetivo adoleciendo de elementos como, a quién se

demandará en el proceso que se establece, la forma en que deberá dirigirse la pretensión de la parte actora, elementos que deberán nutrirse de la práctica procesal.

3. ¿En su experiencia como fiscal, como pudiera perjudicar el ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran sujetas a la capacidad restringida la actual regulación de la misma?

Las personas pueden verse afectadas cuando no se les ha restringido la capacidad puesto que mientras no se defina correctamente el ámbito de restricción, el nivel y alcance de la misma, pueden verse privadas en el ejercicio de su capacidad en esferas de la vida pero que pueden ser perfectamente válidos, además de ello, es válido destacar la necesidad de rescatar instituciones jurídicas como la curatela, pues solo se regula la tutela en el Ordenamiento Jurídico cubano. De ello también dependerá la calidad de las Sentencias o Resoluciones Judiciales que dicte el Tribunal en las que deberá quedar esclarecido el sentido y alcance de la restricción.

4. ¿Considera Ud. que la ausencia de la curatela y de un proceso de declaración de capacidad restringida o de gradación, obstaculiza el proceder de los jueces ante casos de personas que se encuentran en dicho estado?

En todos los casos presentados ante el Tribunal de personas que tienen limitada su capacidad, hasta el momento lo que se ha hecho es privarla totalmente de capacidad mediante un proceso judicial de declaración de incapacidad puesto que no se encontraba regulada la restricción de la capacidad como un proceso en sí, motivos por los que el tribunal se veía limitado en sus Autos o Sentencias a restringir o graduar su capacidad según la esfera de acción que tuviera limitada, siendo necesario, como consecuencia de lo anterior designarle un tutor a inhábil debido a que la legislación cubana no regula la curatela.

5. ¿Cómo considera Ud. que debería regularse la restricción de la capacidad en el Ordenamiento Jurídico cubano?

La restricción de la capacidad como proceso debe ser regulada la forma en que se tramitará el mismo, ampliándose en tal sentido el contenido de la Instrucción 244/2019 a partir de su implementación del resultado de la práctica judicial que de su aplicación se obtenga, además deberá regularse su sentido y alcance en la norma

sustantiva, retomándose instituciones como la curatela a la cual deberá someterse a aquellas personas que se les haya graduado su capacidad.

Encuesta # 2

Nombre: Marianela Rodríguez Fariñas. Fiscal Municipal del Departamento de Protección a la Familia y Asuntos Jurisdiccionales del Municipio de Santa Clara.

1. ¿Conoce Ud. acerca de la capacidad restringida como forma del ejercicio de la capacidad?

La capacidad restringida como forma del ejercicio de la capacidad consiste en limitar la actuación de las personas a realizar determinado tipo de actividad, para evitar que las realice si no tiene el alcance de estas, si no tiene la completa medida de las consecuencias que pueda traer.

2. ¿Cree Ud. que se encuentra debidamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico?

No se encuentra debidamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico puesto que solo se encuentra regulado en el artículo 30 del Código Civil y de forma muy general, lo hace muy difícil poder aplicarlo en la práctica judicial. Aunque ha sido implementada la Instrucción 244/2019 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, pero también es omisa en muchas cuestiones.

3. ¿En su experiencia como fiscal, como pudiera perjudicar el ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran sujetas a la capacidad restringida la actual regulación de la misma?

Actualmente se establecen en el Tribunal, procesos de Jurisdicción Voluntaria sobre la incapacidad, los que se tramitan para la incapacidad total, perjudicando a varias personas que padecen de determinada enfermedad la cual presenta períodos lúcidos, y al incapacitarlo totalmente se está privando a una persona de su capacidad de obrar, cuando lo correcto sería limitar o graduar su ejercicio a las actividades que no puede realizar en los períodos que está la enfermedad. Con la entrada en vigor de la Instrucción antes mencionada se pretende establecer el proceso de restricción de capacidad mediante proceso ordinario lo que permitirá a las personas poder ejercer sus derechos y que solo se les restrinja a las actividades que realmente no puede desarrollar.

4. ¿Considera Ud. que la ausencia de la curatela y de un proceso de declaración de capacidad restringida o de gradación, obstaculiza el proceder de los jueces ante casos de personas que se encuentran en dicho estado?

La ausencia de la capacidad restringida obstaculiza el trabajo de los jueces puesto que ante estas personas solo se puede incapacitarlo totalmente lo que provoca privar a una persona de ejercer sus derechos, o de lo contrario no incapacitarlo totalmente y dejar a una persona realizar todo tipo de acto cuando solo puede realizar algunos.

5. ¿Cómo considera Ud. que debería regularse la restricción de la capacidad en el Ordenamiento Jurídico cubano?

Considero que debe regularse de forma explícita en el Ordenamiento Jurídico Cubano, tanto la restricción de la capacidad como la curatela como mecanismo complementario de la capacidad en aquellas personas que la ostentan, pero de forma limitada, así mismo, la ley debe prever los casos en los que procede, a quién se demandaría de establecerse un proceso ordinario, el término de presentar a quien será curador y regular quiénes van a ser legitimados para establecer el proceso, etc.

Encuesta # 3

Nombre: Maidalys Castro Pérez. Jueza de la Sección Civil del Tribunal Municipal de Santa Clara.

1. ¿Conoce Ud. acerca de la capacidad restringida como forma del ejercicio de la capacidad?

La capacidad restringida como forma del ejercicio de la capacidad consiste en la falta de capacidad que ostentan algunas personas para realizar determinados actos jurídicos.

2. ¿Cree Ud. que se encuentra debidamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico?

Hasta el momento en que se puso en vigor la Instrucción 244/2019 dispuesta por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular no se encontraba debidamente reconocida en el Ordenamiento Jurídico Cubano, teniendo en cuenta que solo encontraba regulación en un solo artículo en el Código Civil Cubano el cual ni siquiera se ponía en vigor teniendo en cuenta que en la práctica cubana solo se limitaba la capacidad de las personas que eran dictaminadas incapaces totalmente.

3. ¿En su experiencia como jueza, como pudiera perjudicar el ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran sujetas a la capacidad restringida la actual regulación de la misma?

En los momentos actuales con la entrada en vigor de la Instrucción 244/2019 se vela más por los derechos de las personas que se encuentran sujetas a la capacidad restringida, teniendo en cuenta que da la posibilidad de presentar un proceso de ordinario para dicha declaración, pero con anterioridad sí se veían perjudicadas estas personas ya que solo se declaraban incapaces aquellas que resultaran incapaz totalmente para regir su persona y sus bienes dejando fuera aquellas que tenían capacidad solo para algunos actos mientras que para otros no, es decir aquellas que tenían su capacidad limitada. Aun con la puesta en vigor de la Instrucción considero que es un trámite engorroso teniendo en cuenta que abre la posibilidad a declarar dicha restricción de la capacidad en un Proceso

Ordinario siendo este, mucho más dilatado que el proceso de Jurisdicción Voluntaria.

4. ¿Considera Ud. que la ausencia de la curatela y de un proceso de declaración de capacidad restringida o de gradación, obstaculiza el proceder de los jueces ante casos de personas que se encuentran en dicho estado?

Considero que sí obstaculiza el proceder de los jueces puesto que aun observando a la persona con capacidad restringida nos debemos regir por lo regulado en la ley y por tanto declararla incapaz totalmente debido que no existía otro cauce procesal y por consiguiente implementarle como mecanismo de asistencia la tutela aun y cuando el mecanismo idóneo en estos casos sería la curatela, institución que tampoco encuentra amparo en el ordenamiento jurídico cubano.

5. ¿Cómo considera Ud. que debería regularse la restricción de la capacidad en el Ordenamiento Jurídico cubano?

A mi entender la restricción de la capacidad debe declararse a través de un proceso de Jurisdicción Voluntaria teniendo en cuenta que en el mismo también se aportan pruebas, se realiza un dictamen pericial de la persona en dicho estado intermedio de incapacitación donde interviene un equipo multidisciplinario expertos en la materia y de existir algún inconveniente por parte de los familiares del presunto restringido se abstiene el Tribunal de conocer y entonces se desarrollaría un proceso ordinario por lo que no comparto en la forma en que aparece regulado dicho proceso en la Instrucción.

Encuesta # 4

Nombre: Niurka González Martín. Abogada del Bufete Colectivo # 1 de Santa Clara.

1. ¿Conoce Ud. acerca de la capacidad restringida como forma del ejercicio de la capacidad?

La capacidad restringida como forma del ejercicio de la capacidad consiste en la limitación parcial de la capacidad de obrar, en la que la persona sujeta a este régimen puede realizar una serie de actos, pero para que estos sean válidos necesitan de la asistencia de una persona que complemente su capacidad.

2. ¿Cree Ud. que se encuentra debidamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico?

Considero que no se encuentra debidamente reconocida en el ordenamiento jurídico cubano debido a que solo se encuentra reconocida en el artículo 30 del Código Civil sin regulaciones ulteriores en la norma adjetiva aunque con la entrada en vigor de la Instrucción 244/2019 se aboga por los derechos de las personas sometidas bajo este régimen estableciéndose un proceso ordinario donde se declare dicha restricción siendo meritorio destacar que la Instrucción no contiene suficientes elementos en materia adjetiva. Hasta el momento no ha sido celebrado ningún acto de esta índole por lo que será necesario prestar atención a la práctica judicial.

3. ¿En su experiencia como abogada en materia civil, como pudiera perjudicar el ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran sujetas a la capacidad restringida la actual regulación de la misma?

En mi experiencia como abogada civilista pudo decir que estas personas han sido perjudicadas producto a la ineficiente regulación de la institución en la norma incluso afirmo que estas personas no ejercen debidamente sus derechos. A pesar de que la capacidad restringida se encuentra regulada en la ley sustantiva, no es declarada en la práctica.

4. ¿Considera Ud. que la ausencia de la curatela y de un proceso de declaración de capacidad restringida o de gradación, obstaculiza el proceder de los jueces ante casos de personas que se encuentran en dicho estado?

Considero que la ausencia de un proceso de restricción de la capacidad y de la institución de la curatela como mecanismo complementario a la capacidad de las personas que se encuentran bajo este régimen intermedio de incapacitación sí obstaculiza el proceder de los magistrados ya que con anterioridad a la entrada en vigor de la Instrucción 244/2019, ocurría que los jueces, aun observando que un individuo podía realizar algunos actos por sí solo mientras que para otros requería la asistencia de una persona que complementara su capacidad, no podían llevar a cabo un proceso de restricción de la capacidad ya que el mismo no encuentra amparo en la LPCALE y se veían obligados a declarar a la persona totalmente incapaz aun y cuando no lo fuera, proceso equivalente a la muerte civil de la persona y que en muchas ocasiones sus tutores o representantes legales se ven imposibilitados de realizar determinados actos fundamentalmente patrimoniales ya que el Tribunal sigue criterios de utilidad y necesidad lo cual debe ser probado por tanto una persona con capacidad restringida que bien pudiera contar con la representación de un curador pasa a ser declarado incapaz totalmente bajo la representación de un tutor, institución que no se aviene en lo absoluto a la capacidad restringida.

5. ¿Cómo considera Ud. que debería regularse la restricción de la capacidad en el Ordenamiento Jurídico cubano?

Considero que la restricción de la capacidad debe mantenerse regulada tal como está en el Código Civil cubano, aunque ampliándose su contenido en la norma adjetiva, así como en la Instrucción 244/2019, debiéndose declarar mediante un proceso ordinario como lo reconoce la dicha Instrucción debido a que por la naturaleza misma de la institución no cabría declararse mediante un proceso de Jurisdicción Voluntaria como la declaración judicial de incapacidad.

