



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Valdés Díaz, Caridad del Carmen
Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana
IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. IV, núm. 26, 2010, pp. 39-68
Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
Puebla, México

Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana*

*Ability, disability and incapability
according to carpentier code*

Caridad del Carmen Valdés Díaz**

RESUMEN

Las personas que padecen alguna discapacidad, entendida ésta como minusvalía para realizar cualquier acto per se, en iguales condiciones y con idénticas posibilidades que el resto de sus semejantes, no deben sufrir por ello afectaciones en el ejercicio de su capacidad jurídica, sino que deben contar con un elenco de figuras que sirvan de apoyo a su actuar y canalicen su voluntad, cuando aquélla pueda expresarse por cualquier medio de forma indubitada.

PALABRAS CLAVE: *Personalidad, capacidad, incapacidad, discapacidad, minusvalía, tutela, curatela, autotutela.*

ABSTRACT

People that endure some disabilities, understood as a disability the ability to perform any act per se, under the same conditions and with the same opportunities as the rest of their peers, should not suffer for it any affectations in the exercise of their legal capacity, but must have a wide range of features that should support their actions and address their will, when it can be expressed by any certain means.

KEY WORDS: *Personality, ability, disability, handicap, disability, guardianship, custody, self governance.*

* Recibido: 5 de agosto de 2010. Aceptado: 20 de agosto de 2010.

** Profesora titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana (caryvaldes4@yahoo.es).

Sumario

1. Introducción necesaria
2. Viaje a la semilla
3. El siglo de las luces
4. La consagración de la primavera
5. El reino de este mundo
6. Los pasos perdidos
7. El arpa y la sombra
8. Bibliografía

1. Introducción necesaria

El 26 de diciembre de 1904, hace más de un siglo, nació en la calle Maloja de la vieja Habana Alejo CARPENTIER, uno de los más conocidos, reconocidos y admirados autores cubanos. No tuvo hijos porque padeció una discapacidad para procrear, en el sentido biológico de la expresión. Empero, es el padre intelectual de obras de raigambre universal, figura cimera de la novelística cubana y uno de los principales escritores de la lengua española de todos los tiempos. Con el ánimo de rendir modesto homenaje a su creación, hemos tomado los títulos de algunas de sus obras más destacadas, que servirán de hilo conductor a las ideas principales que expondremos a continuación, para dilucidar aspectos significativos relativos a la capacidad jurídica, la discapacidad y la incapacidad.

Vale decir que la preocupación por el ser humano, su situación en la vida social, sus atributos y cualidades, sus inquietudes y conflictos, sus íntimas preocupaciones, su actuación bajo el influjo de su ser y sus circunstancias, siempre estuvieron presentes en las creaciones carpenterianas, fueron precisamente la fuente de la que abrevó, desde muy joven, para construir sus historias, sus personajes, sus situaciones y reacciones ante hechos históricos o de ficción, siempre basados en la vida misma y guiados por la inigualable imaginación de este fecundo autor. De igual manera, siempre se ha dicho que la preocupación central y razón de ser del derecho en general y del derecho civil en particular es la persona natural, ese ser humano que debe protegerse y dignificarse, provisto de un modo de ser o estar en la vida de la comunidad que debe regularse para lograr una armónica convivencia, estableciendo pautas para ordenar el respeto a sus derechos inherentes a la personalidad, su vida en familia, su patrimonio, su intervención en el tráfico jurídico, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Así, partiendo de estos puntos de contacto, tomando también como brújula la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* y las principales

normas cubanas en sede civil, analizaremos en breve recorrido la situación patria sobre este particular.

Como cuestión previa debe precisarse también que por capacidad jurídica en general entendemos la aptitud que se reconoce a las personas dotadas de personalidad para intervenir en relaciones jurídicas concretas. Se desdobra en capacidad de derecho, a veces confundida con la propia personalidad por ser general e inalterable, faz estática, como regla, que es la aptitud para la titularidad y el goce de los derechos, y la capacidad de obrar, que pone en acción los derechos, que es aptitud para su ejercicio y para la consumación de actos jurídicos eficaces, faz dinámica de la capacidad. Esta distinción teórica entre capacidad de derecho y ejercicio de la capacidad, que resulta tradicional en la doctrina, no es común que aparezca expresamente esbozada en los códigos civiles, si bien la diferencia aflora naturalmente en la regulación de la capacidad jurídica en general que aparece en ellos. La capacidad de ejercicio es la que da lugar a mayores conflictos en la práctica y la que produce más enconadas discusiones doctrinales justamente porque no se ha reconocido por igual a todas las personas, por el solo hecho de ser tales, sino que ha sido vinculada a ciertos requisitos intrínsecos al individuo que marcan, jurídicamente, su posibilidad de válida y eficaz actuación en relaciones jurídicas concretas, específicas, determinadas.

La discapacidad, por su parte, según la Organización Mundial de la Salud, implica 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.¹ En términos médicos, por tanto, la capacidad es aptitud, la discapacidad ineptitud. La persona puede carecer de aptitud para el movimiento, para la comunicación, para ver o escuchar, para atender su propio cuidado, entre otras actividades. Puede provenir de causas disímiles, no importa su etiología, y abarca cualquier dificultad física, psíquica, sensorial o todas o varias de ellas combinadas, que hacen a la persona naturalmente incapaz para la realización

¹ Así se entiende también en el Plan de Acción Nacional para la Atención a las Personas Discapacitadas, establecido en Cuba dentro de un marco intersectorial y multidisciplinario, vertebrado a nivel nacional, provincial, municipal y local, donde se distingue entre deficiencia, discapacidad y minusvalía del siguiente modo:

Deficiencia: Corresponde a la consecuencia inmediata del daño (accidente o enfermedad). Es toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Ejemplos:

Hemiplejía: Deficiencia músculo-esquelética.

Afasia: Deficiencia del lenguaje.

Discapacidad: Consecuencia funcional de una deficiencia a nivel de persona, que le dificulta la realización de actividades propias a cualquier sujeto normal en sus mismas condiciones.

Ejemplos:

Discapacidad de la locomoción a causa de una deficiencia músculo-esquelética (amputación de miembros inferiores)

Minusvalía: Es la consecuencia social, laboral, familiar, etcétera, que coloca a una persona portadora de una deficiencia y/o discapacidad en desventaja en relación con las otras personas de sus mismas características.

de alguna actividad, de varias de ellas o de casi todas las que son comunes al resto de sus congéneres. La discapacidad puede también asociarse a la edad, bien porque se trate de una persona de pocos años, sin suficiente madurez, o porque la avanzada edad le haya privado de aptitudes físicas o psíquicas. Pero tal discapacidad natural, por supuesto, no afecta, o no debe afectar, la capacidad jurídica *per se*, porque no niega la condición de persona del individuo afectado, que tiene personalidad y puede ser sujeto de derechos y obligaciones desde su nacimiento y hasta su muerte, aunque en algunos casos pueda conllevar a la necesidad de complemento o apoyo para el ejercicio de tales derechos o para la realización de algunos actos jurídicos.

Las personas que no pueden asegurarse total o parcialmente por sí mismas la satisfacción de las necesidades de un individuo común y no logran integrarse a una vida social, como resultado de una deficiencia, sea congénita o no, en su capacidad física o mental, son, efectivamente, personas diferentes, pero esas diferencias no conducen inexorablemente a una incapacidad desde el punto de vista legal, ni siquiera a una restricción de su capacidad de obrar en todos los casos, si bien en algunos supuestos puede que esto ocurra. Conforman un grupo social necesitado de normas de carácter tuitivo que coadyuven a la realización de sus derechos, a la consecución de una vida decente y tan plena como sea posible.

Desde el punto de vista semántico, es claro que capacidad y discapacidad aparecen como antónimos irreconciliables, como opuestos que indican extremos distintos: el tener o no tener capacidad. Pero la ineptitud del sujeto, proveniente de una discapacidad, no le inhibe necesariamente el ejercicio de sus derechos ni la realización de todo tipo de actos jurídicos. De modo que, en materia jurídica, especialmente en sede civil, capacidad y discapacidad no necesariamente son contrarios, la ineptitud física o psíquica no conlleva de forma ineluctable a la incapacidad, que sólo procedería cuando se pruebe que aquélla, la discapacidad, priva a la persona de la posibilidad real de querer y entender, y de poder manifestar o expresar su voluntad adecuadamente. No obstante, aun en tales casos debe procederse con cautela al decretarse la incapacidad, pues en la actualidad, habiendo pasado el tema de la capacidad al ámbito social de los llamados derechos fundamentales, se aboga por el desmantelamiento del modelo de sustitución, de sus principios, de sus instituciones y el establecimiento de un sistema de apoyo que permita a las personas con discapacidad tomar sus propias decisiones.

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 sociojurídica depende no sólo de aspectos biológicos, sino que se trata de un tema dinámico que hay que analizar partiendo del contexto político,

social y económico de cada Estado, así como de los valores éticos y culturales de la comunidad.

2. Viaje a la semilla²

Viajar a la semilla, a los orígenes, será aquí buscar e ilustrar las primeras reglas sobre capacidad e intentar valorar si se tomaban en cuenta las discapacidades para establecer las posibilidades de actuación jurídica de las personas.

En todos los pueblos y todos los tiempos la edad ha constituido un elemento preponderante en cuanto a su influencia en la capacidad de obrar. Era común en la Antigüedad que la mayoría de edad se determinara por el desenvolvimiento físico de la persona, toda vez que no eran frecuentes los registros que se ocuparan de inscribir el nacimiento, para contar a partir de él los años vividos. En Roma, la primera infancia correspondía a la etapa en que la persona no poseía ningún discernimiento. En correspondencia con la procedencia etimológica del término,³ en principio se limitaba al periodo en que el niño aún no hablaba, resultando variable. Ya a finales de la República, por influencia de las ideas griegas, especialmente pitagóricas, el término se emplea para designar a todo menor de siete años. El infante era totalmente incapaz para todo acto jurídico, aunque se admitía que pudiera adquirir la posesión de manos de otra persona, por ser éste un acto puramente material. Entre la infancia y la pubertad se establecía la llamada *maior infantia*, que designaba a los impúberes luego de los siete años, y hasta los doce años para la hembra y los catorce para el varón; en esa etapa podían realizar con eficiencia actos jurídicos que los beneficiaran, para todos los restantes se requería la *auctoritas tutoris*. Después de los doce o catorce años, según el sexo, y hasta los veinticinco, se entraba en la pubertad y se admitía la participación efectiva en disímiles actos jurídicos, aunque para la mayoría de ellos se precisaba la asistencia de un curador. Se permitía el matrimonio durante esa etapa de la vida, si podía probarse que los contrayentes tenían aptitud para la perpetuación de la especie a través de la reproducción. Sólo después de los veinticinco años se adquiría la plena capacidad de obrar.⁴

En el derecho germánico, por su parte, la mayoría de edad no se alcanzaba por los años cumplidos, sino atendiendo a criterios personales que se aplicaban

² Este cuento, considerado como una pequeña obra maestra, se publica por primera vez en 1944 y resume una retrospectiva o "desnacer" de un hombre que luego de su propia muerte, como expresión de la reversibilidad del tiempo, recorre cada una de las etapas de su existencia hasta llegar a sus orígenes, al claustro materno.

³ Del latín *infantia*, deriva de *in feri, infans*, el que por su escasa edad no puede aún hablar. Véase CLEMENTE DÍAZ, T., *Derecho civil. Parte general*, primera parte, La Habana, ENPES, 1983, t. I, p. 321.

⁴ *Ibidem*, pp. 322-325.

a cada individuo según su aptitud para defenderse con lanza y escudo, así como su posibilidad de fundar una familia; en el caso de las fêmeas, se atendía a su aptitud para abandonar la casa paterna y contraer matrimonio.⁵

El sexo también era tomado en cuenta para determinar la capacidad de obrar. Desde el derecho romano, hasta época reciente, era apreciable el desigual tratamiento en cuanto al ejercicio de la capacidad que las legislaciones conferían al hombre y la mujer, en detrimento de esta última. Las fêmeas eran consideradas seres inferiores, necesitados del “auxilio” del padre o del marido para poder ejercitar ciertos derechos o realizar determinados actos jurídicos. Su condición de absolutamente incapaces para obrar se hizo patente en algunas etapas, en las que eran sometidas siempre al poder tuitivo de un hombre.⁶ Tal situación degradante para la mujer, dentro y fuera del matrimonio, ha sido superada en nuestros días, y los ordenamientos jurídicos se encaminan, cada vez más, a la total equiparación de los sexos, desterrando la discriminación antes evidente.

La condición de nacional o extranjero, respecto a un Estado determinado, también ha sido causa limitativa de la capacidad de obrar en el derecho histórico. El *status civitatis* era requisito para ser considerado persona de pleno derecho en Roma, de manera que a los extranjeros se les aplicaba el *ius gentium*, nunca el derecho civil, reservado sólo a los *civis*, que eran los que podían establecer relaciones jurídicas sin cortapisas. La tendencia moderna discurre hacia la igualdad de derechos civiles para todas las personas, particular que consagra el artículo 11 de nuestro vigente Código Civil, al preceptuar que los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía que sean residentes permanentes en Cuba tienen los mismos derechos y deberes civiles que los ciudadanos cubanos, salvo disposición legal en contrario.⁷

La enfermedad física o mental fue considerada causa limitativa de la capacidad de obrar desde la antigüedad. En el derecho romano, la morfología de la

⁵ Véase CLEMENTE DÍAZ, T., *op. cit.*, pp. 320-329.

⁶ En Roma la mujer no podía ejercer derechos políticos, no podía ser tutora, no ejercía la patria potestad sobre sus hijos, no podía administrar la dote, no podía ser testigo en testamentos, no podía postular por otro ni intentar una acción pública. Cuando era soltera estaba sometida al *pater familias*; casada *cum manus*, al marido; si viuda, a la tutela perpetua por su condición de sexo débil. Con el advenimiento del cristianismo se atenuó teóricamente la condición social de la mujer, pero continuó discriminada en el orden jurídico. Véase CLEMENTE DÍAZ, T., *op. cit.*, pp. 314-320. El derecho histórico español mantuvo la desigualdad de los sexos y la posición jurídica inferior de la mujer, situación que hereda el Código Civil de 1889, aunque supuso una mejora en su condición al levantar ciertas incapacidades que afectaban a la mujer y, sobre todo, aumentó la capacidad de obrar de la mujer casada en algunos puntos, en beneficio suyo y de su familia. Véase DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, t. I: *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8a. ed., Tecnos, 1994, pp. 247 y 248.

⁷ Precisamente en esas disposiciones legales en concreto es que pueden encontrarse supuestos que restringen, en alguna medida, la capacidad de obrar de los extranjeros, como sería, por ejemplo, la imposibilidad de desempeñarse como tutores, en virtud de lo dispuesto por el artículo 149, apartado 4, del Código de Familia, que exige la condición de ciudadano cubano como requisito para ser tutor.

cabeza era determinante para considerar que un individuo tenía figura humana y, en consecuencia, podía ser persona. Las personas afectadas por graves defectos físicos no llegaban a ser *sui iuris*, aunque poseyeran el *status libertatis* y el *civitatis*, quedando siempre en condición de dependencia familiar respecto al *pater* para el ejercicio de sus derechos. No obstante, en las clases sociales elevadas era posible que llegara a reconocérseles plena capacidad de obrar en algunas circunstancias, como fue el caso del emperador Claudio, quien llegó a tal a pesar de su cojera, su tartamudeo y su supuesta debilidad mental. Los afectados por imbecilidad o locura también tenían limitado el ejercicio de su capacidad, necesitando siempre la asistencia de un tutor o curador. Se distinguió entre el *furiosus*, que era el loco con intervalos lúcidos, el demente, que padecía una enajenación ininterrumpida, y el *mente captus*, que era el imbécil con incapacidad continua, diferencias que se esfuman bajo Justiniano, aunque se mantuvo la posibilidad de considerar válidos los actos realizados durante periodos en los que se recobrara el entendimiento.⁸

En el antiquísimo derecho quirritario se habían previsto dos soluciones para compensar el problema de la “disminución de la capacidad” (*capitis diminutio*). La tutela estuvo reservada para los menores impúberes *sui iuris*, y luego extendida a las mujeres no sujetas a la *manus* ni a la patria potestad. En cambio, la curatela estuvo destinada originariamente exclusivamente para los “dementes” *sui iuris* y los pródigos. Sin embargo, muchas de las diferencias entre tutela y curatela desaparecen también en la etapa del emperador Justiniano, y luego, en el medioevo francés, ambas figuras se unifican totalmente, quedando la curatela absorbida por la tutela. No ocurrió lo mismo en el Reino de Castilla y León, donde las leyes de las Partidas o *Libro de las Leyes* mantuvieron la tutela para los menores impúberes (huérfanas menores de 12 años y huérfanos menores de 14) y la curatela para los menores adultos o púberes (hasta que cumplieran la mayoría de edad a los 25 años).

La concepción que se ha tenido sobre los discapacitados históricamente, en general, puede decirse que no ha sido congruente con su estado real. Por lo común, se han rechazado sus “deficiencias” y como resultado de ello no se han integrado plenamente a la sociedad, han sido apartados de ella, marginados u ocultados. En la Grecia antigua, por ejemplo, los niños débiles o con defectos físicos eran arrojados desde el monte Taigeto, expresión cruel e inhumana de discriminación. Sin tomar en cuenta el carácter de su ineptitud, muchas veces se les ha impedido la realización de una serie de actos que no siempre estuvieron

⁸ Véase DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, ERNESTO, *Derecho romano*, La Habana, ENPES, 1987, t. I, 2a. parte, y 2a. ed., La Habana, Félix Varela, 2006, t. II, parte 1, pp. 82-86.

en correspondencia con aquélla. Por regla general, se han considerado incapaces por su discapacidad, al menos en los casos en que ésta resulta evidente.

Ha primado en cuanto al tratamiento de la capacidad de estas personas el llamado modelo médico, más que el modelo social. Así, el modelo médico parte de la consideración de que las personas “normales” poseen ciertas capacidades cognitivas –sentir, razonar, comunicarse de determinados modos o maneras consideradas apropiadas– que les convierten en “capaces” para tomar decisiones sobre su vida y sus derechos de un forma “correcta”, esto es, de manera libre, autónoma e independiente. Desde esta premisa, aquellas personas que no encajan en este patrón “estándar” abstracto e ideal –singularmente sujetos con discapacidades psíquicas, mentales, psicosociales, en ocasiones también sensoriales– son directa o indirectamente etiquetadas como “incapaces”. La respuesta que el modelo médico ofrece a las personas que tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los anteriores parámetros de “normalidad” consiste en negarles esa posibilidad, restringiendo, limitando e incluso anulando su capacidad jurídica, confiando ese derecho a un tercero que completa su limitada capacidad, sustituyendo a la persona con discapacidad en la adopción de las elecciones que no puede realizar por sí misma y en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados, lo que configura el modelo de sustitución en la toma de decisiones, pieza imprescindible del tratamiento de la capacidad jurídica desde la óptica de este enfoque.⁹

Actualmente se abre paso a una nueva concepción sobre este particular conforme al artículo 12 de la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*.¹⁰ A tenor de ese precepto, se da un giro copernicano en el tra-

⁹ CUENCA GÓMEZ, PATRICIA, “La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CDPD en el ordenamiento jurídico español”, trabajo presentado en la Comisión No. 1 del Primer Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, celebrado en Buenos Aires, Argentina, 10 y 11 de junio de 2010, p. 7 (en soporte digital).

¹⁰ 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

tamiento clásico de la capacidad, que permite valorar a los individuos bajo un prisma más justo, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación.

3. El siglo de las luces¹¹

La filosofía iluminista, que descuellan en el llamado siglo de las luces, sirve de base al movimiento codificador y da paso al proceso de codificación. Bajo el influjo de la Ilustración y el racionalismo, la codificación da lugar a la cristalización definitiva del derecho civil como derecho nacional y privado. Así, un código civil es un cuerpo legal racionalmente formado y asentado sobre principios armónicos y coherentes. Siempre constituye una obra nueva, que recoge de la tradición jurídica lo que debe conservarse y da cauce a las ideas y aspiraciones, a la ideología, a las directrices económicas, políticas y sociales del momento en que se realiza.¹² El siglo XIX es el siglo del florecimiento del movimiento codificador, que se abre con el *Code Napoléon*, Código Civil francés de 1804, y se cierra con el BGB, Código Civil alemán, promulgado en 1896 y en vigor desde el 1.º de enero de 1900. Entre uno y otro, una pléyade de códigos civiles europeos y latinoamericanos subraya el carácter de derecho nacional privado general que se atribuye en esta época al derecho civil. Vale destacar que, como resultado de las tendencias de la época, en las que subyace la defensa a ultranza de la propiedad y de la autonomía privada, los códigos decimonónicos tienen un marcado sesgo individualista, orientados fundamentalmente a los derechos patrimoniales, dejando a un lado los derechos personalísimos, inherentes a la propia dignidad de la persona. Se consagra en ellos el enfoque médico de la discapacidad y, consecuentemente, el

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" (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006).

¹¹ Ésta es una de las novelas más destacadas de Alejo CARPENTIER. Publicada por primera vez en 1962, constituye una obra de ficción basada en hechos históricos relativos a la Revolución francesa y su repercusión en América, específicamente en Haití, y la reconquista de la Guadalupe por los franceses, aunque parte de la trama se desenvuelve en Cuba y dos de sus personajes protagónicos son cubanos (Sofía, Esteban). Un francés, Víctor Hugues, completa el trío de protagonistas, personaje que además el autor declara real: "Como Víctor Hugues ha sido casi ignorado por la historia de la Revolución francesa —harto atareada en describir los acontecimientos ocurridos en Europa, desde los días de la Convención hasta el 18 de Brumario, para desviar la mirada hacia el remoto ámbito del Caribe— el autor de este libro cree útil hacer algunas aclaraciones acerca de la historicidad del personaje", señala CARPENTIER, aportando numerosos datos sobre el mismo, según aparece publicado en interesante anexo a la edición de *El siglo de las Luces*, que hiciera la editorial habanera Arte y Literatura en 1974, y que se dice ya aparecía en la primera edición mexicana de esta obra. La novela ha sido traducida a varios idiomas y llevada al cine con gran éxito.

¹² Sobre el significado de la codificación civil, su trascendencia, sus valores y sus particularidades en Cuba, resulta obligada la indicación de la lectura del encomiable artículo "De la codificación civil", de LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO, en VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL C. et al. (coords.), *Derecho civil. Parte general*, La Habana, Félix Varela, 2002, pp. 1-76.

sistema de sustitución para el ejercicio de la capacidad, generalmente a través de restricciones o, incluso, mediante la total incapacitación. Este modelo se centra en aspectos relativos a la protección en la esfera patrimonial y descuida las demás esferas en relación con las cuales no suele contener previsiones específicas. En algunos de esos aspectos, la sustitución se permite en teoría y se produce en la práctica, lo que supone dejar excluida en estos ámbitos a las personas con discapacidad, lo que no es óbice para reconocer, por otra parte, que la no intervención de un tercero supondría también en muchos supuestos la exclusión total de las personas “incapacitadas” de una serie de esferas esenciales.

El Código Civil español de 1889, anteriormente vigente en nuestro país, no siguió una sistemática para la ordenación de las materias similar a la asumida por el legislador cubano en el plan del actual Código de 1987; así, utilizaba en disímiles preceptos los términos capacidad e incapacidad, tanto en el libro primero, referido a las personas, como en los restantes, estableciendo normas dispersas sobre el ejercicio de los derechos a propósito de la regulación de los contratos y de los testamentos. Empero, se establecía en el antiguo artículo 320 de ese cuerpo legal la regla general que expresaba que el mayor de edad era capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos específicos por la ley,¹³ y fijaba aquélla en los veintitrés años.¹⁴

Con el cese de la dominación española en Cuba, y la instauración de la ocupación norteamericana en nuestro territorio, no sufre alteraciones la vigencia del Código Civil de la antigua metrópoli en nuestra patria, que se mantiene indemne en virtud de proclama del gobierno militar del propio 1o. de enero de 1899, disponiéndose también en ella la posibilidad de cambios futuros a través de modificaciones que lo adaptaran a las nuevas circunstancias.¹⁵ Dentro de las modificaciones realizadas por los gobiernos de la República neocolonial, emergente en 1902, destaca en el tema que nos ocupa la realizada por la Ley del 19 de junio de 1916, que rebaja la mayoría de edad de las personas naturales a veintiún años.¹⁶ Luego del triunfo revolucionario de 1959 se modifica la mayoría de edad, estableciéndola a partir de los dieciocho años cumplidos, conforme a lo regulado en la disposición final primera del Código de Familia de Cuba, vigente desde 1975.

¹³ Véase CLEMENTE DÍAZ, T., *op. cit.*, p. 233.

¹⁴ La Ley del 13 de diciembre de 1943 estableció uniformidad en toda España en cuanto a la mayoría de edad, estableciendo que se llegaba a ella y, consecuentemente, se alcanzaba la plena capacidad de obrar a los 21 años, siendo introducida la reforma en el Código por Ley del 22 de julio de 1972, particular que luego modifica el Real Decreto Ley 33/1978, del 16 de noviembre, quedando preceptuado a su tenor que la mayoría de edad comienza para todos los españoles a los 18 años cumplidos.

¹⁵ Véase PÉREZ GALLARDO, L., *op. cit.*, p. 33.

¹⁶ GÓMEZ TRETO, RAÚL, *Las tendencias del derecho civil cubano. El nuevo Código Civil*, material inédito, p. 8.

Por razón de la edad, nuestro Código Civil establece tres estadios en cuanto al ejercicio de la capacidad: plena capacidad, a partir de los dieciocho años cumplidos; capacidad restringida, entre los diez años cumplidos y los dieciocho; incapacidad total, los menores de diez años.¹⁷ La persona que padece alguna discapacidad que no le priva de discernimiento¹⁸ ni le impide manifestar inequívocamente su voluntad, transita por las anteriores gradaciones de la edad, en cuanto al ejercicio de la capacidad, igual que cualquier otra persona “normal”.

Afectan también el ejercicio de los derechos, según nuestra principal ley civil, las enfermedades físicas o mentales que padezca la persona. Si la discapacidad está asociada a alguna o algunas de ellas, tendrá restringida su capacidad de obrar, pero sólo en esos casos, pues debe recordarse que la regla general es la presunción de capacidad plena. Algunas pueden disminuir las condiciones de entendimiento y voluntad, mas no anularlas, y permiten, por tanto, la realización de ciertos actos en correspondencia con la patología que el individuo presente. Si la enfermedad física o mental que padece el discapacitado lo priva de raciocinio y enerva su posibilidad real de elegir un comportamiento asumiendo sus consecuencias, deberá ser declarado judicialmente incapacitado y no podrá ejercitar por sí sus derechos y obligaciones.

Es evidente que hemos seguido el modelo médico para el tratamiento de la capacidad de obrar, aunque con atisbos de cierta tendencia al tratamiento de la capacidad progresiva en los menores, y estableciendo además situaciones de capacidad “intermedia” para sujetos que pudieran considerarse inmersos en ciertas circunstancias de discapacidad.

4. La consagración de la primavera¹⁹

La “consagración de la primavera”, en el ámbito jurídico, se produce cuando se adquiere plena capacidad para el ejercicio de los derechos, particular que hasta hace muy poco se ha vinculado a la mayoría de edad y a la carencia de enfermedad física o mental que prive de discernimiento o impida manifestar la voluntad de manera inequívoca.

¹⁷ Cfr. artículos 29, 30 y 31 del Código Civil cubano, Ley 59 de 1987.

¹⁸ El vocablo “discernir” tiene su origen en el prefijo “dis” y el verbo latino “cernire, un verbo de raíz agrícola que originalmente describía la acción de tamizar el grano para apartarlo de la paja, y con el tiempo adquirió el sentido de «divisar», de «distinguir con inteligencia», y «manifestarse» algo”. Véase RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO, *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 569 y 570.

¹⁹ Esta novela, la última de las escritas por CARPENTIER, se publica en 1979, año en que el autor recibe el Premio Miguel de Cervantes. La obra narra en sus inicios los sucesos de la Guerra Civil en España y culmina con el épico episodio de la batalla de Playa Girón en Cuba.

Ciertamente, la evolución de la vida humana entraña cambios importantes que repercuten en la capacidad de entender y querer, de forma consciente, actuar de un modo determinado, que no se manifiesta por igual en la infancia, la juventud o la madurez. Por ello, la edad es tomada en cuenta por el ordenamiento jurídico para determinar el grado de capacidad de obrar que reconoce a las personas, asociando ese dato a la aptitud para realizar determinados actos.

En general, el límite legalmente establecido para la mayoría de edad de las personas como determinante de la incorporación de éstas a la plenitud de la vida jurídica, alcanzando el pleno ejercicio de su capacidad, muestra una progresiva reducción que se fundamenta en la apreciación de una mayor información, instrucción y responsabilidad de los jóvenes, que dado el desarrollo económico, social y cultural alcanzado por el mundo están aptos más tempranamente para enfrentar las exigencias de la vida, tanto en el ámbito público como privado. El legislador cubano tuvo en cuenta esta tendencia incluso antes de la promulgación del actual Código Civil, estableciendo, por ello, los dieciocho años para marcar el inicio de la mayoría de edad desde la entrada en vigor del Código de Familia, que modificó en este sentido al Código Civil entonces vigente. Empero, el protagonismo alcanzado por los jóvenes en suelo patrio y el establecimiento de otras edades inferiores para la realización de actos tan trascendentes como la prestación de servicio militar, la participación en las elecciones del poder popular, la incorporación a la actividad laboral o la exigencia de responsabilidad penal, aconsejan valorar si en las condiciones actuales es prudente y oportuno disminuir esa edad que marca el pleno ejercicio de la capacidad de obrar, uniformando en mayor medida nuestro sistema normativo en esta sede, pues indudablemente la sociedad cubana no se ha mantenido estática, no es igual hoy a lo que fue en 1975, etapa en la que se disminuyó tal edad de veintiuno a dieciocho años cumplidos.

El encabezado general del artículo 29 autoriza legalmente a las personas que luego enumera a ejercitar sus derechos y realizar actos jurídicos de acuerdo a ello y, como regla, declara que se encuentran en aptitud de tal *todos* los mayores de dieciocho años. Y es que la ley no exige que en cada caso individual se compruebe la capacidad natural de querer y entender del sujeto, sino que la presume en todo aquel que ha arribado a la mayoría de edad. Sin embargo, la enfermedad física o mental que pueda padecer una persona mayor de edad puede impedir que “se consagre la primavera” para ella y no se le reconozca, por tanto, la posibilidad de ejercitar *per se* los derechos cuya titularidad posea.

La falta de una plena capacidad de obrar no genera siempre igual respuesta jurídica, pero la solución normativa que se adopte sí deberá siempre estar encaminada a la protección de los intereses y derechos de quienes la sufren. A tal

fin se instituye la representación legal del incapacitado o se exige, en supuestos de capacidad meramente restringida, un complemento de la capacidad para la realización de los actos que desbordan la esfera de actuación parcial que se les permite realizar. ¿Son estas medidas realmente protectoras, al menos en aquellos casos en que se suplanta la voluntad de la persona? La *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* propugna el destierro del modelo de sustitución y enarbola la idea de una capacidad igual para todos; en consecuencia, cabe pensar en otras figuras distintas a la tradicional representación legal, aunque pienso que sin desterrarla totalmente, que permitan a las personas con discapacidad un mejor complemento y sostén. Las nuevas figuras pueden ir desde un administrador, para casos muy graves, y con una actividad muy regulada legalmente, hasta simples cuidadoras domiciliarias sometidas a control judicial que asistan o supervisen al sujeto en la vida diaria durante algunas horas.

5. El reino de este mundo²⁰

Como reza un antiguo refrán popular, “de todo hay, en la viña del señor.” Y esto no se refiere sólo a cualidades, tendencias, preferencias, propiedades y atributos presentes o no en las llamadas personas “normales”, sino también a innegables diferencias que existen entre todas las personas en general. Esas diferencias mucho tienen que ver con el entendimiento social, con la inteligencia colectiva de la comunidad donde las personas desiguales se desenvuelven. Tanto las causas como las consecuencias de la discapacidad varían en todo el mundo, dependen del contexto cultural que converge en cada región y también de las características socioeconómicas que presenten los diversos sectores del mundo.²¹

²⁰ Esta novela la concluyó el autor en Venezuela, en marzo de 1948, y se da a conocer al público en 1949. Es una de las obras más difundidas de CARPENTIER, en ella trata acerca de pasajes de lo que él denomina “real-maravilloso” en nuestra historia americana: una sucesión de hechos en Santo Domingo que recorren tres ciclos, el de los colonos franceses, el del rey negro Henry Cristophe y el de los mulatos republicanos.

²¹ En el derecho comparado, por ejemplo, se define al discapacitado como “[...] toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (cfr. artículo 2o. de la Ley 2243/1981 del 16 de marzo, Sistema protección integral de las personas discapacitadas de la Argentina, en http://www.redconfluir.org.ar/juridico/leyes/22431_1.htm, consultada el 3 de marzo de 2005); “aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad” (cfr. artículo 2o. de la Ley 27050/1998 del 31 de diciembre del Perú, Ley General de la Persona con Discapacidad, en <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/27050.htm>, consultada el 3 de marzo de 2005). En los Estados Unidos de América, la Ley para Personas con Discapacidades (ADA) incluye dentro de este rubro varios aspectos. La primera parte de la definición deja en claro que ADA ampara a personas con discapacidades que limiten sustancialmente alguna de las principales actividades vitales como ver,

Cada año 10 millones de personas sufren de algún tipo de discapacidad moderada o severa, y se calcula que en 2025 habrá en el mundo 800 millones de personas discapacitadas. En Cuba, según estudios realizados en la primera etapa de la década de los noventa, la tasa de personas con discapacidad es de aproximadamente un 7% de la población total.²²

Para la atención de las personas con discapacidad, las políticas públicas en Cuba convergen en torno a tres aspectos esenciales. El primero, de tipo *médico*, orientado a los procesos orgánicos que pueden constituir la causa de aparición de la discapacidad, el tratamiento adecuado de la afección y las posibles vías de remediarla, si esto fuera posible. Comprende acciones orientadas todas a favorecer un mejor nivel de funcionamiento de la persona con discapacidad. Otro enfoque de tipo *educativo*, encaminado a la determinación de las necesidades educativas especiales de estas personas y la puesta en marcha de las acciones que pueden llevarse a cabo para lograr su mayor grado de desarrollo, teniendo en cuenta sus particularidades. Nuestro sistema de educación especial ha sido considerado de avanzada por múltiples organizaciones internacionales y puede exhibirse como un destacado logro humano, en aras de la integración del discapacitado a la sociedad. El tercero es *sociojurídico*, 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 de su ejercicio en los distintos ámbitos de su vida: civil, familiar, laboral.²³

oír, hablar, caminar, respirar, ejecutar tareas manuales, aprender, cuidarse a sí mismo y trabajar. Una persona que tiene epilepsia, parálisis, infección con el virus HIV, SIDA, deficiencia auditiva o visual significativa, retardo mental, o alguna discapacidad de aprendizaje específica, estará amparada, pero una persona con una afección menor que no fuera crónica, como una torcedura, una extremidad rota o la gripe, generalmente no estará amparada por esta ley. La segunda parte se refiere a la protección de personas con antecedentes de alguna discapacidad, por ejemplo, a una persona que se haya recuperado de cáncer o de enfermedad mental. La tercera parte protege a personas que se considera tienen una discapacidad substancialmente limitante, aunque no sufran de tal impedimento. Por ejemplo, una persona con desfiguración facial severa, para evitar que se le niegue empleo porque un empleador teme las "reacciones negativas" de los clientes o los compañeros de trabajo. Página de Acceso de la Sección de Derechos para Personas con Discapacidades, Página de Acceso de ADA, revisado el 5 de abril de 2004.

²² Véase Plan de Acción Nacional para la Atención a las Personas Discapacitadas, donde se ofrecen estos datos.

²³ En sede de política de empleo se han dictado numerosas normas jurídicas que toman en consideración el propósito de la real inserción de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, dentro de las que pueden mencionarse, la Resolución 69/1996 del 9 de diciembre, del ministro de Finanzas y Precios, para estimular la colocación en puestos laborales a personas que padecen algún tipo de discapacidad; la Resolución 9/2005 del 11 de marzo del ministro de Trabajo y de Seguridad Social incluye a los discapacitados en los incisos b y c del artículo 10, entre los sujetos comprendidos para ejercer el trabajo por cuenta propia; la Resolución 22/2004 del 30 de junio, del ministro de Trabajo y de Seguridad Social, en cuyo último *por cuanto* señala que con el objetivo de garantizar el pleno empleo de las personas con discapacidad y tomando en cuenta la experiencia acumulada se hace necesario adecuar relaciones laborales para propiciar el empleo de estas personas, sustentado en importantes principios. En 2001 se diseñó también en Cuba el Plan de Acción Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, en cumplimiento del Acuerdo 4048 del 5 de junio de ese propio año del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

Si bien en el ámbito laboral y de la seguridad social, así como en las declaraciones constitucionales y otros documentos programáticos nacionales e internacionales, se aborda el tema de la protección a los discapacitados, en materia civil éste ha sido relegado hasta hace poco, carente por ello de suficiente tratamiento doctrinal y legal. Siendo el derecho civil el que se ocupa, por excelencia, de la persona humana, de su modo de ser y estar en la sociedad, ha de prestar atención a la particular situación del discapacitado, partiendo de reconocer la plenitud del goce de sus derechos, pero tomando en cuenta que su ejercicio puede demandar requerimientos adicionales que la legislación debe propiciar y garantizar, como expresión de respeto a su dignidad.

Desde el modelo social de discapacidad se pretende que las respuestas sociales frente al fenómeno mismo de la discapacidad sean abordadas desde el respeto a la igual dignidad de todas las personas, y fundadas sobre la base de los derechos humanos. En este marco, se proclama la inclusión de la diferencia que implica la diversidad psicosocial como una parte más de la realidad humana. Así, la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* no se limita a proclamar el reconocimiento de la condición de persona con personalidad y capacidad plena, sino que impone a los Estados signatarios la obligación de propiciar medidas que faciliten a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que necesitan para el efectivo ejercicio de su capacidad y medidas de salvaguardia que coadyuven al respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, velando porque no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

Cabe aquí hablar de discriminar, pero en el sentido de separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra y no en su acepción secundaria, hoy tan en boga: dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera.

El régimen de graduación de la capacidad del menor, cada vez más acogido por las legislaciones,²⁴ es un ejemplo de buena “discriminación” en el sentido

Constituye un compromiso gubernamental en el contexto de la política social y contempla tanto las tareas que ya se encuentran en marcha como las que se irán desarrollando, dando prioridad a las de necesidad más inmediata en el campo de la salud, educación, empleo, seguridad y asistencia social, incorporándole elementos de investigación, información e intercambio científico-técnico. Además del empeño gubernamental y social en general, en la realización efectiva de ese Plan jugará un importante papel el propio colectivo de personas con discapacidad, especialmente sus organizaciones, que son quienes más pueden hacer para que se cumplan los objetivos que se encarga de promover. El Consejo Nacional para la Atención a las Personas con Discapacidad (CONAPED) es el responsable de verificar su marcha y promover las coordinaciones necesarias para su aplicación. Fue creado por Resolución 4/1996 del 2 de abril del ministro de Trabajo y de Seguridad Social con el propósito de continuar promoviendo las medidas eficaces para la prevención de discapacidades y el logro de una integración plena en la vida social de los discapacitados.

²⁴ Como ejemplo pueden situarse el Código Civil de Brasil, artículos 3o., 4o. y 5o., en MORAES MELLO, CLEYSON y ARAÚJO ESTEVES FRAGA, THELMA *et al.*, *O novo Código Civil comentado. Doutrina. Jurisprudência. Direito comparado*, Rio de

arriba apuntado. Se asemeja más a lo que naturalmente ocurre en la realidad que el derecho regula, por lo que se tiende a reconocer el paulatino incremento de las aptitudes de quienes no han alcanzado la mayoría de edad. En esta línea, ofrece un valioso criterio MESA MARRERO²⁵ al señalar que:

...no parece razonable calificar la situación del menor de edad en términos absolutos, esto es, prescindiendo de la aptitud natural que progresivamente el menor adquiere y desarrolla a lo largo de esa etapa. Este planteamiento nos lleva a entender que la posición jurídica de la persona durante la minoría de edad no puede ser, por razones obvias, idéntica, de modo que tanto la capacidad de actuación que se le reconozca como las restricciones que se establecen a su capacidad de obrar deben valorarse en función de la aptitud natural del menor.

El inciso *a* del artículo 30 del Código Civil cubano concede al menor que ha cumplido diez años capacidad suficiente para disponer del estipendio que le ha sido asignado y, cuando alcance la edad laboral, de la retribución por su trabajo. No hay dudas en cuanto a esa capacidad parcial que puede ejercer respecto a tales actos, pero, ¿acaso son los únicos que pueden estar encaminados a satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria, como en general les autoriza para actuar el enunciado que encabeza el precepto? Al no establecer el propio Código pautas que permitan determinar qué actos calificarían como tales, habría que deducir tal condición de un razonamiento aplicado a cada caso concreto, pues no son iguales las necesidades de todos los sujetos ni se proveen o satisfacen del mismo modo. Actos de administración o disposición de los bienes que se posean, por ejemplo, podrán ser en algunos supuestos imprescindibles para la manutención elemental del individuo que los ejecuta, y en otros supuestos no lo serán. Tomando en cuenta lo que supongo, fueron principios inspiradores para el legislador de 1987 en cuanto a la progresiva capacidad del menor, considero que debe interpretarse el enunciado general del artículo 30 en sentido positivo, esto es, entender que tienen capacidad suficiente para realizar *todos* los actos que de un modo u otro contribuyan a satisfacer sus propias necesidades cotidianas, incluyendo las que no son de carácter patrimonial, y que las restricciones recaen

Janeiro, Freitas Bastos, 2003, y el Código Civil argentino, artículos 54 y 55, en LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., *Código Civil. Comentado y Anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

²⁵ MESA MARRERO, CAROLINA, "Régimen jurídico de los menores e incapaces en el derecho sucesorio", *Revista Jurídica del Notariado*, No. 43, julio-septiembre de 2002, p. 160, *cit. pos.* SÁNCHEZ BERGARA, SHEILA, *Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifictio activa*, Trabajo de Diploma, bajo la dirección de LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 2005, p. 22.

sobre otros actos distintos, en los cuales necesitaría apoyo para el ejercicio de la capacidad a través de la institución de guarda que corresponda.

Tampoco ofrece el precepto herramientas útiles para determinar el significado exacto de “enfermedad o retraso mental”, supuestos del inciso *b*, dejando ello a los aplicadores del derecho, quienes tendrán que auxiliarse de los dictámenes periciales correspondientes en el proceso promovido a los fines de restringir la capacidad de obrar del sujeto. Desacertada es también la redacción del inciso *c* de ese artículo 30, pues coloca en la órbita de la capacidad restringida a “los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco”. Si en razón del impedimento físico que padece el discapacitado éste no puede expresar su voluntad inequívocamente y si la voluntad es el nervio central de cualquier acto jurídico, quien esté impedido de trasladarla del plano mental o subjetivo al externo o material no estará en condiciones de ejercer por sí derechos y deberes jurídicos. Es dudoso, por otra parte, que un impedimento físico por sí solo, no asociado a ninguna deficiencia orgánica o sensorial, impida exteriorizar la voluntad, por lo que el precepto se aleja de la realidad y resulta incongruente. Si el impedimento físico no afecta la posibilidad de manifestar de cualquier forma la voluntad sin equívoco, entonces la persona es plenamente capaz.

La palabra incapacidad tiene una fuerte carga negativa al estar asociada con la falta de aptitud, talento o cualidad que dispone alguien para el buen ejercicio de algo. No obstante, es la tradicionalmente utilizada para referirse a la carencia de capacidad de obrar por los códigos civiles, y es la expresión utilizada también por el nuestro. De acuerdo con lo dispuesto por el inciso *a* del artículo 31, 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 a esa edad. La minoría de edad no requiere de declaración judicial de incapacidad, por lo que la 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 *per se* sus derechos ni realizar ningún acto jurídico eficaz, necesitando siempre para ello de un representante legal.

Los niños y niñas que padecen alguna discapacidad no tendrán la posibilidad de ejercitar sus derechos por sí mismos, pero ello no significa una discriminación por razón de la deficiencia que les aqueje, sino simplemente un tratamiento igual por razón de la edad. En el artículo 7o. de la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* se establece que 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*, garan-

tizando además 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*.

El inciso *b* del propio artículo 31, por su parte, dispone la carencia de capacidad para realizar actos jurídicos de las personas mayores de edad que han sido declaradas incapaces para regir su persona y bienes. Aunque no lo señala el precepto de forma expresa, es claro que esa declaración tiene que realizarla el órgano jurisdiccional, tomando en cuenta determinadas causas que, en cada caso, destruyan la presunción general *pro capacitate*. 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 que puedan dar lugar a la imposibilidad de autogobernarse.

Cierto es que la exposición de causales, tanto de enfermedades como deficiencias, incluso la que pretenda ser más exhaustiva, será incompleta y no abarcará todos los supuestos que en la vida pueden darse. Como las normas que regulan este particular, tomando en cuenta su incidencia en el estado civil de la persona, deben interpretarse de forma restrictiva, ello daría lugar a un sin número de casos que pudieran quedar desprovistos de tutela jurídica. Empero, también el uso de fórmulas demasiado abiertas tiene dificultades, pues pugnan con el principio general de considerar la incapacitación como excepción. Así, posiblemente resultaría más conveniente la utilización de un sistema mixto, que combine la enumeración de causales taxativas con preceptos generales que permitan la inclusión de otras situaciones no previstas por el legislador, pero que puedan apreciarse en el correspondiente proceso.

Lo anterior fue quizá lo pretendido por el legislador cubano del Código de Familia vigente, que al señalar en el artículo 138 los supuestos de personas mayores de edad que deben someterse a la tutela, establece que lo serán aquellas “que hayan sido declarados judicialmente incapacitados para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez o por otra causa”. El propósito, a mi juicio, no alcanza éxito, pues el término enajenación mental, aunque técnicamente superior al de demencia o locura por ser más abarcador, es demasiado difuso, no describe realmente la relevancia que tales padecimientos deben tener, que como regla se entiende deben alcanzar el nivel patológico; la sordomudez, por su parte, no debe conducir a la incapacitación salvo que conlleve la imposibilidad de comunicación con otras personas, requisito que no se adiciona en el precepto mencionado y que, además, es poco probable que

se dé en nuestra realidad social, dada la atención especializada que reciben los que padecen tal enfermedad, quedando incluso la opción de la comunicación mediante el lenguaje de señas, o a través de intérprete, a tenor de lo preceptuado por el artículo 50.2 del Código Civil. La Ley de Trámites, de igual forma, se refiere también a la enajenación mental y la sordomudez para la declaración de incapacidad de la persona, sin hacer mención a otras causas. Tampoco se hace referencia en ninguna de nuestras normas a la necesidad de que la circunstancia que afecta a la persona impidiendo su propia autonomía sea persistente, particular de gran importancia porque excluye situaciones momentáneas o temporales que también pueden incidir en la inteligencia y voluntad del individuo, pero cuyo pronóstico no es irreversible y no deben, por tanto, conducir a la sentencia de incapacitación, que, de obtenerse, tendría que ser modificada a corto plazo.

Respecto al intervalo lúcido, como periodo durante el cual se discute si las personas incapacitadas por enfermedad mental pueden recobrar capacidad de obrar con motivo de haber recuperado temporalmente sus facultades, nada se regula en nuestro Código. Lo anterior no sólo evidencia insuficiencia legal en esta materia, sino además discordancia o desajuste con la realidad.

Desde la declaración de incapacitación existe incapacidad, invirtiéndose la situación normal que presume la posibilidad de obrar jurídicamente en toda persona mayor de edad. Sin embargo, numerosas son las patologías que pueden dar lugar a la declaración de incapacidad de una persona, y no todas provocan igual afectación ni se manifiestan de igual modo en cada sujeto, por ello la incapacitación, además de ser excepcional, no debe ser uniforme, sino graduarse en cada caso señalando el régimen jurídico que corresponda, atendiendo a la capacidad natural del individuo y a la protección que debe dispensársele.

El contenido y extensión de la sentencia que declara la incapacidad es controvertido, especialmente en cuanto a los actos de carácter personal y familiar. No puede realizar el tutor los actos que son, por naturaleza, *intuitu personae*, por lo que el reconocimiento de los intervalos lúcidos y de los actos realizados en tales condiciones constituiría una atenuación a la restricción extrema de la capacidad de obrar, a favor de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la persona. Nuestra ley procesal no alude a la necesidad de graduar la incapacidad señalando el ámbito de actuación que será permitido al incapacitado y el que corresponde al tutor, particular trascendente que no se fija y especifica en las sentencias, por lo que toda persona declarada incapaz en suelo patrio lo será para todos los actos y en todo momento.

En sede patrimonial, los incapacitados no pueden prestar consentimiento contractual eficaz en ningún caso, siendo nulos de pleno derecho los negocios

que realicen luego de la sentencia que los incapacita, a tenor de lo dispuesto por el artículo 67, inciso *b*, del propio Código, a diferencia de lo preceptuado anteriormente por el Código Civil español que los consideraba anulables, pudiendo convalidarse mediante la ratificación posterior del representante legal.

Al modificar el estado civil de la persona, la sentencia que declara la incapacidad también incide, lógicamente, en la responsabilidad jurídica que corresponda al sujeto. Sólo será imputable al incapacitado la responsabilidad jurídica civil de tipo extracontractual, por el daño o perjuicio causado, de forma similar a lo que ocurre en el caso de los menores de edad, pero responderán los que tengan la patria potestad o tutela del incapacitado.

Aunque las causas que generen la declaración de incapacidad deben ser más o menos persistentes, de cierta estabilidad, pueden sobrevenir nuevas circunstancias que susciten que el incapacitado recobre el discernimiento y su aptitud para el autogobierno. El artículo 160, inciso 3, del Código de Familia establece que la tutela puede concluir por haber cesado la causa que la motivó. Empero, así como el hecho de estar enfermo o disminuido no implica directamente la incapacitación, siendo necesaria la declaración judicial que cambia el estado civil, su fin tampoco se produce por el simple retorno de la capacidad natural, sino que sólo acaba con un nuevo fallo que restituye la capacidad de obrar que se había privado a la persona. Sin embargo, no existe en nuestra Ley de Trámites ninguna referencia a esta posibilidad, que debería discurrir por la misma vía procesal que el expediente de incapacidad, pero en sentido inverso, debiendo probarse que ha cesado la razón que dio lugar a la incapacitación.

6. Los pasos perdidos²⁶

El transcurso del tiempo puede producir discapacidades asociadas a la edad. Los ancianos, como se sabe, se convierten en un sector vulnerable de la sociedad, que precisa de cuidados y atenciones especiales, aunque ello no conduce necesariamente a una modificación de su estado civil personal y deben seguir considerándose personas plenamente capaces.

²⁶ Ésta es una de las novelas más bellas, en mi opinión, de Alejo CARPENTIER. Publicada en 1953, es un canto a la América ignorada en su grandeza y fascinación. En la obra, escrita a modo de diario de viaje, se mezcla lo maravilloso del paisaje con una profunda penetración de las raíces históricas y sociales del continente. A lo largo de la novela se desenvuelven como dos temas musicales las figuras de dos mujeres: Mouche, la amante del compositor protagonista de la obra y su compañera de viaje, que representa la vieja y ostentosa cultura, y Rosario, de sangre india y negra, nacida en los confines venezolanos, que encarna la cultura americana, también ancestral, pero llena de fuerza y pura energía creadora.

En la actualidad estamos asistiendo a una transformación del modelo familiar tradicional, con la consiguiente disminución de su función de servir de apoyo y de sustento de sus miembros mayores.

Tradicionalmente, en el área mediterránea, la familia se constituía en una unidad de miembros que se autoprotegían de diferentes modos. Los hombres se encargaban de procurar el sustento o la riqueza necesarios para el desarrollo material de esta unidad y la mujer poseía más bien un papel de protección anímica y física de los miembros de la familia. En especial, y en lo que nos incumbe en nuestro caso, un papel de protección al anciano en el seno familiar. En la actualidad, la evolución de la sociedad ha transformado estos papeles. Cada vez más la mujer posee una actividad social y profesional similar a la del hombre. Al mismo tiempo, con la evolución de las comunicaciones y la globalización, cada vez es más frecuente el hecho de que los hijos vivan en ciudades o países diferentes a las de los padres, con lo que están lejos de ellos cuando se hacen mayores. En consecuencia, la familia carece del tiempo necesario para dedicarlo a la atención de las personas mayores que forman parte de ella.²⁷

Así, un cambio en las costumbres unido a la industrialización trajo aparejado que la gente trabajara más fuera de su casa, contratando a terceros para el cuidado de personas mayores discapacitadas. Frecuentemente, las personas de la llamada tercera edad transitan sus “años altos” más desprotegidas que nunca, pues el papel de la familia está cambiando y la dinámica de la vida actual no permite muchas veces que disfruten de la atención que merecen, ni se están creando instituciones que procuren su protección al ritmo que sería deseable, dada la creciente longevidad de la población.

Los avances científicos, médicos y sociales han permitido un incremento de vida a la población y, por otra parte, ha dado lugar a que se presenten situaciones jurídicas especiales motivadas por enfermedades o acontecimientos que en el pasado eran poco frecuentes o desconocidas. En Cuba, la esperanza de vida al nacer se ha incrementado notablemente, alcanzando hoy los 77 años como promedio general.²⁸ Aunque algunos seres humanos pueden gozar de gran longevidad con plena capacidad natural para obrar, no siempre es posible arribar a edades propectas en esa feliz condición, pues a la senectud le acompañan muchas veces enfermedades degenerativas, dentro de las que destacan el *Alzheimer* y el *Parkison*, o bien los avances tecnológicos de nuestra era exponen a

²⁷ JIMÉNEZ SALINAS, JUAN C., “La autotutela como forma de protección a la dependencia”, en PROVEA Fundació Pro Vellea Autònoma, disponible en: <http://www.ceoma.org/vicongreso/comunicaciones/08.doc>.

²⁸ Cfr. PELÁEZ, ORFILIO, “Disminución acelerada de la natalidad y envejecimiento poblacional. Reto inaplazable para los cubanos”, *Periódico Granma*, 30 de octubre de 2006, año 42, No. 265, pp. 4 y 5.

accidentes que motivan la pérdida repentina de la capacidad física e intelectual. Por ello, vienen recibiendo singular protagonismo figuras que se han denominado disposiciones y estipulaciones respecto a la propia incapacidad, figuras de autoprotección, destacando la doctrina²⁹ su indubitable trascendencia social y la multiplicidad de razones que permiten aconsejar que una persona, antes de llegar a la incapacidad para autogobernarse y comunicarse, pueda prever³⁰ aspectos variados de su existencia, utilizando diferentes vías como los poderes preventivos, la incapacitación voluntaria, los documentos con voluntades anticipadas, la autodelación de la tutela o autotutela, que ha sido entendida como la figura más idónea y abarcadora de autoprotección.³¹

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

²⁹ Puede señalarse, entre otros autores, a RIVAS MARTÍNEZ, JUAN J., "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", *Ponencias presentadas por el Notariado español-vii Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, México, Colegios Notariales de España, 1998; RIVERA ÁLVAREZ, J. M., "Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, España, No. 50, pp. 91-118; TALANA DE BRANDI, NELLY y LLORENS, LUIS ROGELIO, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996; PÉREZ GALLARDO, L. B., "De la autonomía de la voluntad y de sus límites", Ponencia presentada en la III Convención Latinoamericana de Derecho, en LexSUM, Colombia, Universidad de Antioquia, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho.

³⁰ En el *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Real Academia de la Lengua Española, 1992, se recoge como significado de la palabra la acción y efecto de prever, prevenir o precaver. Prever es ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que va a suceder. Prevenir es preparar, aparejar y disponer con anticipación las cosas necesarias para un fin, previendo con anticipación un posible daño o perjuicio. Precaver es obrar con previsión de un posible peligro con ánimo de evitarlo.

³¹ Véase MORENO NÁPOLES, RAÚL J., "Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela", *Tesis en opción al grado de especialista en derecho notarial*, desarrollada bajo mi dirección, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 2007. Es necesario destacar que no se trataría de una verdadera "autotutela", pues ello sería un contrasentido; la persona capaz no necesita tutor y la incapaz no puede autotutelarse ni designar su propio tutor; la denominación acogida no es exacta, pues sólo indica que la persona capaz puede proponer a su tutor para un futuro, previendo que pueda sobrevenirle una incapacidad, y ello sólo como indicación de su preferencia, pues sería el juez el encargado de designar al tutor si aquella sobreviniera.

todo lo concerniente a la institución tutelar en legislaciones, como la nuestra, que reconocen una tutela bajo control judicial.

Como afirma CÁRDENAS GONZÁLEZ, “se trata de que la ley reconozca un mayor ámbito de actuación a la autonomía de la voluntad del sujeto, pues no debe pensarse que goza de libertad absoluta para organizar su futura incapacitación, sino que sus previsiones deben ubicarse dentro de un marco jurídico flexible y generoso”.³² Así, cualquier persona con plena capacidad de obrar, previendo que pueda ser declarada *a posteriori* incapacitada, podría proponer en escritura notarial un tutor para sí misma, incluso designarle sustitutos o interesar que determinada persona, pariente allegado o no, se excluya de la posibilidad de ocupar el cargo tutelar en su caso. Esta escritura debería ser revocable en cualquier momento, teniendo en cuenta que contendrá una manifestación de voluntad unilateral que puede ser variada por otra posterior que proceda del mismo manifestante, prevaleciendo la última en caso de sucesivas designaciones o exclusiones. Tales disposiciones no tendrían efecto vinculante para el órgano jurisdiccional, simplemente se podrían tener en cuenta por el tribunal al tiempo de constituir la tutela, determinando su procedencia o no, sin detrimento de la impugnación que también pudieran sufrir por parte de las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o por el fiscal.

Aunque no existe una prohibición expresa en nuestro ordenamiento jurídico respecto a esta particular forma de delación de la tutela, tampoco existen las normas que la refrenden, siendo necesario un cauce legal idóneo para estos imperativos actuales. La figura sí ha sido prevista en el proyecto de Código de Familia, aunque no de forma acabada y congruente. No se incluye, por ejemplo, en el orden prelatorio de delación de la tutela, en primer lugar, a la propia persona que prevé su incapacidad, a tono con la posibilidad de autodelación de la tutela que reconoce; no se hace referencia al documento que puede servirle de expresión formal; no se regula la posibilidad de excluir parientes del posible incapacitado del cargo de tutor (la llamada autotutela negativa o de exclusión), ni se pronuncia en cuanto al registro de la previsión.

Por otra parte, también es posible que la avanzada edad o alguna enfermedad física o mental disminuyan la capacidad natural del sujeto, provocando alguna discapacidad, sin llegar a convertirlo en un incapaz. ¿Cómo pueden intervenir las personas en situación de capacidad restringida en actos jurídicos que excedan el ámbito de la simple satisfacción de las necesidades de la vida diaria? En nuestro medio no existe en el orden adjetivo ningún proceso para la declaración de esa

³² CÁRDENAS GONZÁLEZ, FERNANDO A., *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, México, Porrúa, 2006, p. 12.

situación ni para dotar a la persona que se encuentra en ella de un régimen adecuado de protección o guarda. En el ámbito judicial cubano, los supuestos previstos por nuestro Código sustantivo, en su artículo 30, o se incapacitan de forma absoluta o se mantienen totalmente capaces, haciendo perder virtualidad a la norma e impidiendo que se cumplan los objetivos de esta institución.

Es evidente la necesidad de establecer figuras de apoyo y asistencia para que las personas en tal situación de discapacidad encuentren las vías apropiadas para el ejercicio de su capacidad. La curatela podría ser una de esas instituciones de guarda, no sólo para apoyar al discapacitado en cuanto a la realización de actos en su esfera patrimonial, como solía ser tradicional en el derecho romano, donde el curador estaba concebido para la protección de un patrimonio: *tutor datar personae, curator rei*, tampoco como vía para suplantar su voluntad, como ocurre en Argentina y otras naciones latinoamericanas que han seguido el modelo de su Código y utilizan la figura para tutelar a los incapacitados mayores de edad, sino con el propósito de auxiliar el ejercicio de sus derechos en todos los órdenes.

Se ha considerado que también la curatela puede preverse por la propia persona que tendría restringida su capacidad de obrar en el futuro, bien en la misma escritura notarial que pueda servir de cauce a las previsiones de su propia incapacidad para autodesignar tutor o a través de una disposición autónoma.³³ Empero, surge la duda en los casos en que sólo se ha hecho nominación de tutor, en cuanto a si valdría para curador el designado, posibilidad que se ha considerado admisible, pero que en sentido contrario tendría difícil defensa.³⁴ Cabe recordar que, en estos casos, aunque el sujeto suscriba documentos autoprotectores conservará en alguna medida su capacidad de obrar, por lo cual deberá ser escuchado y podrá manifestar en el correspondiente proceso quién sería la persona que quiere como curador. Sería el tribunal el encargado de nombrar al curador, sin tener obligación absoluta de atenerse a las disposiciones del propio afectado pero sin eludir éstas, razonando en cada caso lo más apropiado para aquél, tomando en cuenta todos los pormenores correspondientes. En general, debe recordarse que en el mundo de hoy las personas con discapacidad han pasado de ser “un objeto de protección” cuya voluntad debe ser completamente reemplazada, a ser “un sujeto pleno de derecho”, que debe ejercer su capacidad natural, siendo apoyado y asistido para aquellos actos para los que no tiene la “capacidad suficiente”.

³³ Véase MORENO NÁPOLES, RAÚL J., “Análisis crítico...”, *cit*, p. 61.

³⁴ Véase PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT, “La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?”, ponencia presentada en el III Encuentro *Justicia y Derecho*, La Habana, Tribunal Supremo de la República de Cuba, 24 al 26 de mayo de 2006.

7. El arpa y la sombra³⁵

Las más recientes convenciones internacionales sobre derechos humanos han declarado que los niños, ancianos, personas con discapacidad o segregadas por diferentes motivos, son sujetos plenos de derecho y se les debe reconocer su protagonismo y participación en los asuntos que les incumban, respetar su voluntad y garantizar el ejercicio por sí de sus derechos en la medida de sus posibilidades. Así, la *Convención Internacional de los Derechos del Niño* reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en todos los asuntos en que se encuentren involucrados sus intereses, de acuerdo con su desarrollo y madurez. En igual sentido, la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* propicia un sistema de apoyos en la toma de decisiones, que faciliten a la persona con discapacidad el ejercicio de sus derechos en la medida de sus posibilidades, en lugar del tradicional régimen de sustitución de su voluntad por la del representante legal.

Si sólo son inteligentes las sociedades justas, al decir de MARINA,³⁶ el derecho civil que construimos desde el presente y para el futuro debe contribuir a la justicia para evitar el fracaso de la inteligencia colectiva. “Somos híbridos de neurología y cultura”, añade el citado autor, y destaca que la interacción continua de los hombres es el fundamento de la inteligencia social.

En esa interacción participan personas discapacitadas, que por sus características diferentes no siempre logran ser tomadas en cuenta y ejercer los derechos que les corresponden como seres humanos. “La enfermedad o la limitación no pertenecen a la biología, sino que a la relación desde la cual el ser humano considera que un organismo, un sistema u otro ser humano, no satisfacen cierto conjunto de expectativas”, afirma el destacado biólogo y filósofo chileno Humberto Maturana.³⁷ Si queremos una sociedad justa, debemos lograr la integración a ella de todas las personas, con independencia de sus aptitudes físicas, psíquicas o sensoriales, que sólo diferencian a unas personas de otras pero que no restan el sentido de lo humano de cada ser.

Para conseguirlo resultan claves, pero insuficientes si se trabajan separadamente, las políticas que comprometan al poder público en la realización de programas y obras en favor de los más desvalidos de la sociedad, y, por otra parte, el sistema normativo que coadyuve al ejercicio de sus derechos. Un eje central

³⁵ Esta novela vio la luz en 1979 y tiene como tema central la visión carpenteriana del “descubrimiento” de América y la desmitificación de la figura de Cristóbal Colón, todo ello con gran dominio del tema y del lenguaje, como resulta habitual en este autor, y también con fino y agudo humorismo.

³⁶ MARINA, JOSÉ A., *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*, Barcelona, Anagrama, 2004, p. 159.

³⁷ Véase Maturana, Humberto, *El sentido de lo humano*, 9a. ed., Santiago de Chile, Dolmen, 1997.

que debe manejar cada política sobre discapacidad, es la prioridad porque la sociedad, con la educación y culturización suficiente, se convierta en una sociedad sin características de discriminación. Los esfuerzos se orientan hacia la creación de una sociedad justa que sea integradora de diferencias.

La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* aborda este tema desde el llamado “modelo social de la discapacidad”, que se caracteriza por encontrarse íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y aspira a potenciar el respeto de la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social de las personas con discapacidad. En nuestro Código Civil, si bien se establecen preceptos que dejan brechas abiertas para una interpretación favorable al principio general *pro capacitate*, es indudable que asumimos el llamado “Modelo Médico de la Discapacidad” y, en consecuencia, se restringe o hasta se sustituye la voluntad de muchas personas a través de la incapacitación, sin que existan verdaderas razones para ello.

El reto es ser una sociedad universalmente inteligente, la perspectiva es ir logrando metas menos ambiciosas, pero que exigen un “uso público de la inteligencia personal”, en función de evitar fracasos operativos. En este sentido, el derecho civil y de familia deben establecer los mecanismos más adecuados para permitir que las personas con discapacidad puedan tener a su alcance múltiples variantes como expresión de su autonomía privada, para realizar con eficacia todo tipo de acto jurídico, civil y familiar, sin carecer de la necesaria protección. Las instituciones de guarda que normalmente acompañan a las restricciones en el ejercicio de la capacidad deben atemperarse a la realidad, pero también a nuestras aspiraciones para hacer efectivo el apoyo que requieren los discapacitados por cualquier causa, en busca de su real integración.

El decir definitivamente “adiós” a la discriminación, marginación u olvido que sufren las personas con discapacidad no es tarea que puede acometer el derecho civil aisladamente; debe insertarse, por el contrario, en el complejo entarimado social que pretende resolver tales conflictos de forma inteligente, es decir, justa, para lograr la felicidad de cada persona y de toda la colectividad. Pero sin el marco jurídico apropiado que este sector del derecho proporciona, teniendo como centro de atención a la persona y su dignidad humana, tampoco podría lograrse. Por eso, si utilizamos metafórica y gráficamente el título de la novela de CARPENTIER que rige este último epígrafe, podemos decir que la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* es el arpa, dispuesta a hacer escuchar su música en pro de esas personas diferentes; la sombra está en nosotros, en nuestras arraigadas concepciones sobre esas diferencias, que

comienzan por establecer desiguales posibilidades de actuación para proteger a los más vulnerables, sin comprender que con ello acentuamos la desigualdad y a veces cercenamos de forma inadecuada sus derechos.

8. Bibliografía

Fuentes doctrinales

- Albaladejo, Manuel, *Derecho civil. Introducción y parte general*, Barcelona, Bosch, t. I, vol. segundo, 1996.
- Cárdenas González, Fernando A., *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, México, Porrúa, 2006.
- Castiella Rodríguez, José J., “La persona, el estado civil y el registro civil. Primera parte. La persona en general”, en Delgado de Miguel, Juan F. *et al.* (coords.), *Instituciones de derecho privado*, t. I, vol. 2, Madrid, Civitas, 2003.
- Cifuentes, Santos y Leiva Fernández, Luis F. P., *Código Civil comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- Clemente Díaz, Tirso, *Derecho civil parte general*, La Habana, EMPES, 1983, t. I (primera parte).
- Cuenca Gómez, Patricia, “La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del artículo 12 de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español”, trabajo presentado en la Comisión No. 1 del Primer Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, celebrado en Buenos Aires, Argentina, 10 y 11 de junio de 2010 (en soporte digital).
- De Castro y Bravo, Federico, *Compendio de derecho civil*, 3a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, t. I, vol. I.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, t. I: *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8a. ed., Tecnos, 1994.
- Dihigo y López Trigo, Ernesto, *Derecho romano*, ENPES, La Habana, 1987, t. I, segunda parte y 2a. ed., La Habana, Félix Varela, 2006, t. II, parte 1.
- Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas*, 5a. ed., Lima, Editorial Rhodas, 2006.
- García Valdecasas, Guillermo, *Parte general del derecho civil español*, Madrid, Civitas, 1983.

- Gherzi, Carlos A., *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- Gómez Treto, Raúl, *Las tendencias del derecho civil cubano. El nuevo Código Civil*, material inédito.
- Jiménez Salinas, Juan C., “La autotutela como forma de protección a la dependencia”, PROVEA Fundació Pro Vellesa Autònoma, 2008.
- Marina, Jesús A., *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*, Barcelona, Anagrama, 2004.
- Maturana, Humberto, *El sentido de lo humano*, 9a. ed., Santiago de Chile, Dolmen, 1997.
- Mendizábal Oses, Luis, *Derecho de menores*, Barcelona, Bosch, 1977.
- Mesa Marrero, Carolina, “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el derecho sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43, julio-septiembre de 2002.
- Moraes Mello, Cleyson *et al.*, *O novo Código Civil comentado. Doutrina. Jurisprudência. Direito comparado*, Río de Janeiro, Freitas Bastos, 2003.
- Moreno Nápoles, Raúl J., *Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela*, tesis en opción al grado de especialista en derecho notarial, bajo la dirección de Caridad del C. Valdés Díaz, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 2007.
- Pereña Vicente, Monserrat, “La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?”, ponencia presentada en el III Encuentro Justicia y Derecho, La Habana, Tribunal Supremo de la República de Cuba, 24 al 26 de mayo de 2006.
- Pérez de Vargas Muñoz, José (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, La Ley, 2006.
- Puig Brutau, José, *Compendio de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1987, vol. 1.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo, *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- Rivas Martínez, Juan José, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *Ponencias presentadas por el notariado español – VII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, México, Colegios Notariales de España, 1998.
- Rogel Vide, Carlos, “Sobre la guarda de hecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre-diciembre de 2000.
- Rogel Vide, Carlos, *Estudios de derecho civil. Persona y familia*, Madrid, REUS, 2008.

- Sánchez Bergara, Sheila, *Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifactio activa*, trabajo de diploma, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 2005.
- Taiana de Brandi, Nelly y Llorens, Luis Rogelio, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- Valdés Díaz, Caridad del C. *et al.* (coords.) *Derecho civil. Parte general*, La Habana, Félix Varela, 2001.

Fuentes legales

- Anteproyecto del Código Civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, agosto de 1979.
- Anteproyecto del Código Civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, febrero de 1981.
- Anteproyecto del Código Civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, febrero de 1982.
- Anteproyecto del Código Civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, enero de 1983.
- Anteproyecto del Código Civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, septiembre de 1985.
- Código Civil de la República de Cuba*, Ley 59/1987 del 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Madrid, Dykinson, 2005.
- Código Civil del Reino de España* del 6 de octubre de 1888, 24a. ed., Madrid, Tecnos, 2005.
- Código de Familia*, Ley 1289/1975, del 14 de febrero, impreso en el Combinado del Periódico Granma, con la colaboración del MINJUS, el TSP, la FGR y la ONBC, 2004.
- Código Penal*, Ley 62/1987, del 29 de diciembre.
- Constitución de la República de Cuba* con las reformas de 1992, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 7, 1o. de agosto de 1992.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 (en soporte digital).
- Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley 7/1977 del 19 de agosto.

Ley 50/1984 del 28 de diciembre *De las Notarias Estatales*, editada por el MIN-JUS, mayo de 1986 y su *Reglamento* contenido en la Resolución 70 /1992 del 9 de junio del ministro de Justicia.

Ley 51/1985 del 15 de julio, *Ley del Registro del Estado Civil* y su *Reglamento*, contenido en la Resolución 157 del 25 de diciembre de 1985 del ministro de Justicia, Ministerio de Justicia, 1986.

Proyecto del Código Civil cubano, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, mayo de 1986.

Proyecto de Código de Familia, versión digital de noviembre de 2004. ■