Aviso Legal

Capítulo de libro

Título de la obra: La discapacidad desde un enfoque público y privado

Autor: Valdés Díaz, Caridad del Carmen

Forma sugerida de citar: Valdés, C. C. (2021). La discapacidad desde un enfoque público y privado. En A. Díaz-Tendero (Ed.), *Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe*, Tomo II (175-219). Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe.

Publicado en el libro:

Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe, Tomo II

Diseño de portada: M.A.V. Marie-Nicole Brutus H.

ISBN: 978-607-30-4381-6

Los derechos patrimoniales del capítulo pertenecen a la Universidad Nacional Autónoma de México. Excepto donde se indique lo contrario, este capítulo en su versión digital está bajo una licencia Creative Commons Atribución-No comercial-Compartir igual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0 Internacional). https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es

D.R. © 2021 Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C. P. 04510, México, Ciudad de México.

Centro de Investigación sobre América Latina y el Caribe Piso 8 Torre II de Humanidades, Ciudad Universitaria, C.P. 04510, Ciudad de México. https://cialc.unam.mx/
Correo electrónico: betan@unam.mx

Con la licencia:

Usted es libre de:

- ✓ Compartir: copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.
- ✓ Adaptar: remezclar, transformar y construir a partir del material.

Bajo los siguientes términos:

✓ Atribución: usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.

✓ No comercial: usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales.

✓ Compartir igual: si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la misma licencia del original.

Esto es un resumen fácilmente legible del texto legal de la licencia completa disponible en:

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es

En los casos que sea usada la presente obra, deben respetarse los términos especificados en esta licencia.

6. La discapacidad desde un enfoque público y privado

Caridad del Carmen Valdés Díaz

> Son inteligentes las sociedades justas. Y estúpidas las injustas. Puesto que la inteligencia tiene como meta la felicidad —privada o pública— todo fracaso de la inteligencia entraña desdicha. La desdicha privada es el dolor. La desdicha pública es el mal, es decir, la injusticia.
>
> José Antonio Marina

I. La discapacidad desde los documentos jurídicos internacionales, la Constitución y las políticas públicas

1. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobada en Nueva York mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el pasado 13 de diciembre de 2006, constituye el colofón de un largo proceso en el que in-

tervinieron múltiples actores de la propia organización, su relator especial sobre Discapacidad, instituciones de derechos humanos de diferentes países, así como organizaciones no gubernamentales, especialmente las de personas con discapacidad y sus familias. Este instrumento internacional supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, entre las cuales se destaca la "visibilidad" de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas. En particular, su artículo 12, al que nos referiremos más adelante, ofrece un tratamiento hasta ahora nunca previsto en un cuerpo jurídico internacional sobre el ejercicio de la capacidad de las personas con capacidades diferentes.

A pesar de que las personas con discapacidad eran destinatarias, al igual que el resto de los seres humanos, de la protección establecida por otros tratados para la salvaguarda de sus derechos, en muchos casos dichas normas no se aplicaban, o se aplicaban de manera desigual (desventajosa) para este grupo social. Sumado a ello, hubo grandes deficiencias tanto por parte de los gobiernos como por parte de los órganos de supervisión de los Tratados, a la hora de supervisar su cumplimiento en relación a las personas con discapacidad. Estas insuficiencias fueron resaltadas por diversos informes elaborados en el marco de Naciones Unidas, que tuvieron amplia repercusión y resultan de gran interés.

Cabe señalar que, con anterioridad, existía un instrumento específico sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero que no tenía rango de norma jurídicamente vinculante: las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad*. Sin embargo, las personas con discapacidad eran de algún modo "invisibles" dentro del sistema de derechos humanos de la

ONU, pues a diferencia de otros grupos, tales como mujeres, niñas y niños, grupos étnicos determinados, entre otros, la ausencia de un instrumento que fuera de obligado cumplimiento para los Estados, una vez que lo firman y ratifican, y de un Comité que velara por la protección de sus derechos de manera expresa, dejaba a esas personas en situación de desventaja y no se propiciaba su plena incorporación a la sociedad.

La aprobación de la *Convención* deja claro que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos; que las personas con discapacidad no son "objeto" de políticas caritativas o asistenciales, sino que son "sujetos" de derechos humanos. Por tanto, las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la "buena voluntad" de otras personas o de los gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas son violatorias del goce y ejercicio de sus derechos humanos. Así, el propósito de la Convención, declarado en su primer artículo, 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.

Los principios fundamentales que inspiran y están presentes en la *Convención* son, según su artículo 3, los siguientes:

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.

La *Convención* tiene su fundamento ético-jurídico esencial en el derecho a la igualdad y no discriminación. Este derecho tiene una aplicación transversal en todos sus preceptos, reconociendo que las personas con discapacidad son iguales ante la ley y en virtud de ella, teniendo en virtud de ello derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en los mismos términos que las demás personas, según postula expresamente el artículo 5.

En estrecha relación con lo anterior, en la *Convención* también se postula como derecho humano de las personas con discapacidad la accesibilidad. A fin de que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes deben adoptar medidas apropiadas para asegurar su acceso, 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 abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en una serie de ámbitos.

Así, la *Convención* destaca que los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, de los siguientes derechos:

- A la vida (artículo 10).
- A la protección ante situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales (artículo 11).

- Al igual reconocimiento como persona ante la ley y de la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida (artículo 12).
- Al acceso a la justicia (artículo 13).
- A la libertad y seguridad de la persona, procurando que no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente; y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad (artículo 14).
- A la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15).
- A la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, tanto en el seno del hogar como fuera de él (artículo 16).
- A la protección de la integridad personal, tanto física como mental (artículo 17).
- A la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad (artículo 18).
- A vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19).
- A la movilidad personal con la mayor independencia posible (artículo 20).
- A la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (artículo 21).
- Al respeto de la privacidad y la protección contra las 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 (artículo 22).
- Al respeto del hogar y de la familia y a la igualdad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales (artículo 23).
- A la educación inclusiva a todos los niveles, así como a la enseñanza a lo largo de la vida (artículo 24).
- A gozar del más alto nivel posible de salud (artículo 25).

- A la habilitación y rehabilitación para lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida (artículo 26).
- A tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un entorno laboral que sea abierto, inclusivo y accesible a las personas con discapacidad (artículo 28).
- A un nivel de vida adecuado y a la protección social, para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida (artículo 28).
- A participar en la vida política y pública (artículo 29).
- A participar en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (artículo 30).

2. Enfoque de la protección a las personas con discapacidad en los textos constitucionales. El principio de Igualdad

Una de las manifestaciones más comunes del principio de igualdad, en su evolución de simple retórica liberal de considerar a todos iguales ante la ley a la visión más moderna y acabada de igualdad en la ley, sobre la base de la no discriminación por causa alguna, sin distinguir a las personas por razones económicas, sociales o políticas, es incluir en los textos constitucionales preceptos que consagren un trato igual a personas que se encuentren en la misma situación, evitando la extensión de aplicación igualitaria de la ley a personas que se encuentren en situaciones diversas provocando con ello la llamada discriminación inversa o positiva.

Luego de la aprobación de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, la mayoría de las constituciones iberoamericanas han reformulado su articulado o han incluido en

la nueva formulación del texto normativo preceptos amparadores encaminados a potenciar la protección de este importante grupo vulnerable, en razón de sus capacidades especiales.

Así, como afirma Pérez Gallardo, las constituciones tienden a regular como uno de los sujetos de especial protección al sector de las personas con discapacidad[1] y en este orden suelen adaptar la legislación ordinaria a los fines de dispensarles la salvaguarda formal de sus derechos. Se apuntan numerosos ejemplos: la Constitución de Colombia de 1991 en su artículo 47 establece que "El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestara la atención especializada que requieran"; la Constitución de Perú de 1993 en su artículo 7 establece que "La persona incapacitada para valerse por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad", en el 16 enuncia que "Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas", y en el artículo 23, primer párrafo: "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan"; en tanto la Constitución de Venezuela de 1999 se proyecta en su artículo 81 al enunciar que

> Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, les garantizará el respeto a su dignidad hu-

[1] Véase Leonardo Pérez Gallardo, "La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*", en José Pérez de Vargas [coord.], *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 311 y ss.

mana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promueve su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley. Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas.

Igualmente la Constitución española de 1978 se pronuncia en su artículo 49, según el cual "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".

La Constitución cubana vigente, más que reconocer a la igualdad como un derecho, que podía ser disfrutado o limitado en su ejercicio, le dedicó un capítulo en especial a la igualdad como principio básico, refiriendo de manera taxativa diversas formas de manifestación de esa igualdad, tanto en las relaciones familiares,[2] en cuestiones de género,[3] en las relaciones políticas que establece el Estado,[4] en la esfera laboral,[5] o en la político-electoral.[6] Con la reforma constitucional de 1992, en materia de creencias religiosas el

[2] Artículo 36: [El matrimonio] "Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que éste resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos".

[3] Artículo 44: "La mujer y el hombre gozan de iguales derechos en lo económico, político, cultural, social y familiar".

[4] Artículo 12: "la República de Cuba […] funda sus relaciones internacionales en los principios de igualdad de derechos".

[5] Artículo 43: "todos los ciudadanos perciben salario igual por trabajo igual".

[6] Artículo 131: "Todos los ciudadanos, con capacidad legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes elegidos […], y a participar, con ese propósito […] en elecciones periódicas y referendos populares, que serán de voto libre, igual y secreto".

texto sufrió cambios en su letra y espíritu a fin de asegurar la libertad de credo y el derecho de los creyentes a participar en la vida política en condiciones de igualdad que los demás ciudadanos.[7] Aún cuando no se refiere expresamente a las personas con capacidades diferentes, sí establece una línea directriz en función de proteger a aquel sector poblacional constituido por enfermos o desvalidos, física o mentalmente, inaptos para desempeñar una actividad laboral, a cargo de la seguridad o de la asistencia social, según se prevé en sus artículos 47, 48 y 49. No obstante, la actual Constitución no está a tono con los tratados y convenciones internacionales que Cuba ha ratificado relativas a esta materia.

Como ya se apuntó, los textos normativos no se limitan a formular el derecho a la igualdad, sino que consagran el rechazo o la prohibición de discriminación, siendo los motivos más comunes de estas conductas el sexo, origen nacional y social, el color de la piel, la raza. De esta manera se consagra también en el texto constitucional cubano.[8]

En la actualidad, se encuentra en fase de consulta y discusión popular por parte de todos los cubanos un nuevo Proyecto de Constitución de la República aprobado por la Asamblea Nacional del Poder Popular, órgano legislativo y constituyente del país, en su sesión ordinaria los días 21 y 22 de julio de 2018; concluido este proceso, se analizarán las modificaciones, adiciones o supresiones propuestas y el Proyecto será sometido a referendo el próximo año. En dicho Proyecto, respecto al tema que nos ocupa, el artículo 39,

---

Artículo 134: "Los miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y demás institutos armados tienen derecho a elegir y a ser elegidos, igual que los demás ciudadanos".

[7] Artículo 8: "Las distintas creencias y religiones gozan de igual consideración".

[8] Artículo 42: "La discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra lesiva a la dignidad humana está proscrita y es sancionada por la ley".

ubicado en el título relativo a los derechos, deberes y garantías, se establece que

> [E]l Estado cubano garantiza a la persona el goce y el ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, en correspondencia con el principio de progresividad y sin discriminación. Su respeto y garantía son obligatorios para todos. Los derechos y deberes reconocidos en esta Constitución se interpretan de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Cuba [dentro de los cuales se encuentra la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad].

En el siguiente precepto, número 40, se establece que

> [T]odas las personas son iguales ante la ley, están sujetas a iguales deberes, 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, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o cualquier otra distinción lesiva a la dignidad humana. La violación de este principio está proscrita y es sancionada por la ley.

Es un indudable paso de avance que se reconozca en el texto la igualdad de las personas con expresa mención a las que tienen capacidades o competencias diferentes, postulando luego en el capítulo dedicado a los derechos sociales, económicos y culturales, artículo 73, que "el Estado, la sociedad y las familias tienen la obligación de proteger y asistir a los adultos mayores en lo que a cada uno corresponde y de promover su integración social" (recordemos que muchas veces el envejecimiento va asociado al padecimiento de alguna discapacidad física, sensorial o intelectual). El siguiente artículo 74 preceptúa que "el Estado, la sociedad y las familias tienen la obligación de proteger y asistir a las personas con algún tipo

de discapacidad. El Estado garantiza las condiciones requeridas para su rehabilitación o el mejoramiento de su calidad de vida".

La no discriminación como expresión de realización de la igualdad requiere de políticas de inclusión o incorporación, mediante el empleo de fórmulas genéricas, consensuadas, logradas a través de la participación popular directa en la promoción, discusión y aprobación de decisiones políticas o normativas jurídicas; necesita de la aceptación de las diferencias y del derecho a ser diferente, reclama una educación consecuente con tales valores y principios. No obstante tales presupuestos, existen obstáculos que pueden limitar y de hecho limitan el disfrute de determinados derechos; obstáculos que pueden ser objetivos, de condiciones reales, producto de decisiones, e incluso generadas por no haberse valorado la existencia de los diferentes, por haberse pensado en lo general. De ahí la necesidad de establecer políticas públicas encaminadas a materializar la igualdad respecto a las personas con capacidades o competencias especiales.

3. Políticas públicas encaminadas a materializar la igualdad respecto a las personas con capacidades o competencias especiales

Cada año, 10 millones de personas en el mundo sufren de algún tipo de discapacidad moderada o severa, y se calcula que en 2025 habrá en el mundo 800 millones de personas discapacitadas. Actualmente, suman 500 millones las personas con capacidades o competencias diferentes, de los cuales más de 60 millones se ubican en América Latina.[9] En Cuba, según estudios realizados en la

[9] Situación de los discapacitados en el Continente Americano, Resolución de la Organización de Estados Americanos, adoptada en la novena sesión plenaria celebrada el 9 de junio de 1995.

primera etapa de la década de los años noventa, la tasa de personas con discapacidad es de aproximadamente un 7% de la población total.[10]

Las personas que no pueden asegurarse total o parcialmente por sí mismas la satisfacción de las necesidades de un individuo normal 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, a lo que pueden y deben contribuir las políticas públicas.

Tanto las causas como las consecuencias de la discapacidad varían en todo el mundo, tales variaciones van a depender del contexto cultural que converge en cada región y también de las características socioeconómicas que presenten los diversos sectores del mundo.[11]

[10] Véase Plan de Acción Nacional para la Atención a las Personas Discapacitadas, de Cuba, donde se ofrecen estos datos.

[11] En el Derecho comparado 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 2 de la Ley núm. 2243/1981 de 16 de marzo, Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas de la Argentina. Disponible en http://www.redconfluir.org.ar/juridico/leyes/l22431_1.htm, [fecha de consulta: 3 de marzo de 2015]); "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 2 de la Ley núm. 27050/1998 del 31 de

Tres enfoques para la atención de las personas con discapacidad conforman, esencialmente, las políticas públicas en Cuba sobre esta cuestión. El primero, de tipo *médico*, orientado a los procesos de tipo orgánico que pueden constituir la causa de aparición de la discapacidad, el tratamiento adecuado de la afección y las posibles vías de remediarla, si esto fuera posible. Así, comprende acciones como el diagnóstico, la prevención y la rehabilitación, orientadas todas a favorecer un mejor nivel de funcionamiento de la persona con discapacidad.[12] Otro enfoque de tipo *educativo*, que compren-

---

diciembre del Perú, Ley General de la Persona con Discapacidad. Disponible en http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/27050.htm [Fecha de consulta: 3 de marzo de 2015]); o 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 2 de la Ley 16095/1989 de 26 de octubre, que establece un sistema para asegurar la protección integral a los discapacitados de Uruguay, en http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/legisl/uru/iii/, [fecha de consulta: 2 de marzo del 2015]).

En los EU la Ley para Personas con Discapacidades (ADA) incluye dentro de este rubro varios aspectos: La primera parte de la definición deja en claro que la ADA ampara a las personas con discapacidades que limiten sustancialmente alguna de las principales actividades vitales, tales como ver, oír, hablar, caminar, respirar, ejecutar tareas manuales, aprender, cuidarse a sí mismo y trabajar. Una persona que tiene epilepsia, parálisis, infección con el virus VIH, 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 por ejemplo una torcedura, una extremidad rota o la gripe, generalmente no estará amparada por esta ley.

La segunda parte de la definición respecto a la protección de personas con antecedentes de alguna discapacidad se refiere, por ejemplo, a una persona que se haya recuperado de un cáncer o de una enfermedad mental.

La tercera parte de la definición protege a las personas que se considera que tienen una discapacidad substancialmente limitante, aunque no sufran de tal impedimento. Por ejemplo, esta disposición protege a una persona calificada con una 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.

[12] Cuba posee un admirable sistema de salud pública que cuenta con programas de prevención, atención y rehabilitación para discapacidades a consecuencia

de 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. 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.[13] Y el tercero es *socio-jurídico*, vinculado con el empleo, la accesibilidad, la eliminación de barre-

---

de deficiencias psicológicas, intelectuales, auditivas y visuales. Existen además las bases para desarrollar plenamente la rehabilitación basada en la comunidad, pues cuenta con personal profesional y técnico altamente calificado en los tres niveles, el saber como aplicar los procederes técnicos de la rehabilitación, la existencia de un sistema de referencia y contrareferencia, equipo multidisciplinario en la Atención Primaria de Salud, un sistema de salud (con casi el 99% de la población con cobertura del médico y enfermera de la familia), educación, deportes y cultura universales, gratuitos y accesibles y un sistema de seguridad y asistencia social que protege a toda población que la necesita. Se han creado también la Comisión para la Rehabilitación Comunitaria (RBC) que ejerce sus acciones con un enfoque integral para todas las discapacidades en los aspectos médicos, psicológicos, sociales, familiares, laborales y educativos, integrada al programa del médico de la familia. El objetivo general es rehabilitar a las personas con discapacidad en su propio entorno comunitario, con participación activa de la persona discapacitada, la familia, las asociaciones de discapacitados y la comunidad organizada.

[13] El subsistema de educación especial fue creado por Resolución Ministerial núm. 247/1980, perfeccionado una década después, con expresión legal en la Resolución Ministerial núm. 160/1991. El propio Ministerio de Educación por Resolución núm. 126/1985 dispuso la aplicación a los niños de edad temprana y preescolar que presentaren insuficiencias, desviaciones o defectos en la audición, la visión, el lenguaje y el desarrollo intelectual, de un plan educativo que posibilitara la corrección y compensación de tales deficiencias y autorizó a las direcciones provinciales de Educación que tuvieran las condiciones creadas, a prestar la atención a los niños antes mencionados, mediante la creación de círculos infantiles especiales o salones especiales en los círculos infantiles y el trabajo de orientación a los padres.

En 1986 se dicta por el propio Ministerio la Resolución núm. 172 sobre creación e incorporación al Subsistema de Educación Especial de la atención de la enseñanza de los adultos con deficiencias auditivas en escuelas o aulas nocturnas.

ras 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.[14]

La Resolución núm. 290/1990 estableció el plan de estudio experimental para el nivel medio básico de la educación de sordos e hipoacúsicos.

Respecto de los limitados físico y motores, la Resolución núm. 13/1985 dispuso que las direcciones provinciales y municipales de educación establecieran las coordinaciones pertinentes con la Aclifim en sus diferentes instancias para la localización y cualquier otro tipo de gestión necesaria a fin de que todos los menores con limitaciones físicas o motores que pudieran valerse por sí mismos ingresaren en los centros docentes correspondientes del Sistema Nacional de Educación aun cuando usaren aparatos ortopédicos, tuvieren tratamiento médico sistemático y requirieran de la ayuda de sus padres, del colectivo de trabajo de la escuela y de los propios estudiantes. Asimismo estableció de forma experimental que la atención pedagógica a los niños impedidos físicos o motores graves que no permitiera su asistencia a la escuela se brindare de forma individualizada en el propio lugar de residencia del menor por maestros y profesores ambulatorios, lo cual fue hecho extensivo a los adultos en iguales circunstancias conforme con la Resolución 276/1990 de 12 de junio.

[14] 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, por ejemplo, la Resolución núm. 69/1996 de 9 de diciembre del Ministro de Finanzas y Precios, cuyo propósito fue estimular la colocación en puestos laborales a personas que padecen algún tipo de discapacidad; La Resolución núm. 9/2005 de 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 núm. 22/2004 de 30 de junio del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social, en cuyo último de los POR CUANTOS se 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 (*cfr.* artículo 3). En sentido general esta última norma propicia la integración socio laboral de las personas con discapacidad mediante la conciliación de una política nacional de habilitación y rehabilitación profesional con las necesidades de fuerza de trabajo en los territorios. Su ámbito de aplicación se extiende a las personas con discapacidad que manifiesten voluntariamente interés de incorporarse al empleo o se encuentren labo-

En 2001, se diseñó en Cuba el Plan de Acción Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, en cumplimiento del Acuerdo núm. 4048 del 5 de junio de ese propio año del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. Este Plan 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 que son 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. Conaped fue creado por Resolución núm. 4/1996 de 2 de abril del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social con el propósito de continuar promoviendo las medidas eficaces para la prevención de discapa-

---

rando. Enuncia los principios que informan el empleo de tales personas. Crea un Registro en el cual los discapacitados en edad laboral, declarados inválidos parcial o totalmente, que se encuentren trabajando o reubicados, podrán solicitar su reevaluación por las comisiones de peritaje médico una vez registrados, a los efectos de su reubicación conforme con sus capacidades funcionales. Se establece el contrato de trabajo de formación y desarrollo para personas con discapacidad y el adiestramiento laboral, previo al establecimiento de la relación laboral, que tendrá por fin su preparación para el desempeño de la ocupación o cargo de que se trate. Se crean los Centros de Entrenamientos Socio Laboral. Reconoce el tiempo de trabajo y descanso y la seguridad del trabajo, de modo que el puesto de trabajo en que se ubiquen discapacitados no afecte su salud e integridad física.

cidades y el logro de una integración plena en la vida social de los discapacitados.[15]

II. La realización de actos jurídicos civiles por personas con discapacidad

1. Capacidad y discapacidad: ¿lucha de contrarios?

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, esto es, aptitud para la realización de determinados actos.

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.[16] Así, en términos

[15] Conaped está integrado por el Ministerio de Educación, Ministerio de Salud Pública, Ministerio de la Industria Ligera, Ministerio de Cultura, Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación, Ministerio de Transporte, Ministerio de la Construcción, Instituto Cubano de Radio y Televisión, Ministerio de Justicia, el Ministerio de la Industria Sidero Mecánica y la Electrónica, Ministerio de Comunicaciones y la Informática, Ministerio de Comercio Interior, las Asociaciones de Personas Discapacitadas, la Central de Trabajadores de Cuba y especialistas de las organizaciones políticas y de masas existentes en Cuba.

[16] 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:

Hemiplejia: (Deficiencia músculo-esquelética).

Afasia: (Deficiencia del Lenguaje).

médicos la capacidad es aptitud, la discapacidad ineptitud. La persona puede carecer de aptitud para el movimiento, para la comunicación, para atender su propio cuidado, entre otras actividades.

Para la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, "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", según establece el inciso *e)* de su Preámbulo. Asimismo, según su artículo 1, entiende que "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".

De lo mencionado se desprende, por un lado la asunción del modelo social de discapacidad, al asumir que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno. Y por otro, que la definición no es cerrada, sino que *incluye* a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados.

La discapacidad puede provenir de diferentes causas, 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 de alguna actividad, de

---

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, etc. que coloca a una persona portadora de una deficiencia y/o discapacidad en desventaja en relación a las otras personas de sus mismas características.

varias de ellas o de casi todas las que son comunes al resto de sus congéneres. Pero tal discapacidad natural, por supuesto, no afecta 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.

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 aquella, la discapacidad, priva a la persona de cabal juicio, de la posibilidad real de querer y entender, y de poder manifestar o expresar su voluntad adecuadamente, pues de lo contrario no tendría ésta significado jurídico: *voluntas in mente retentan voluntas non est.*

Sin embargo, pese a lo anterior, la concepción que se ha tenido sobre los discapacitados históricamente no ha sido congruente con su estado real. Por lo común, se han rechazado sus "deficiencias" y como resultado de ello no han integrado plenamente la sociedad, han sido apartados de ella, marginados u ocultados. 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 en correspondencia con aquella. 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, partiendo 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, confiriendo 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 ese enfoque.[17]

Actualmente, se abre paso una nueva concepción sobre este particular conforme con el artículo 12 de la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.*[18] A tenor de ese precepto, se da

[17] Patricia Cuenca Gómez, "La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español", trabajo presentado en la Comisión núm. 1 del Primer Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Buenos Aires, 10 y 11 de junio de 2010, p. 7 (en soporte digital).

[18] 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

un giro copernicano en el tratamiento 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.

2. Actos jurídicos civiles que pueden realizar por sí las personas con discapacidad

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 en base a 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 intere-

---

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" (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).

ses 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, etc.

El régimen de graduación de la capacidad del menor, cada vez más acogido por las legislaciones,[19] es un ejemplo de buena "discriminación" en el sentido 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 Marrero[20] 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".

Por razón de la edad, el Código Civil cubano establece tres estadios en cuanto al ejercicio de la capacidad: plena capacidad, a par-

[19] Como ejemplo pueden situarse el Código Civil de Brasil, artículos 3, 4 y 5, en Moraes Mello, Cleyson y Thelma Araújo Esteves Fraga, *et al.*, *O novo Código Civil comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Direito comparado*, Río de Janeiro, Freitas Bastos, 2003 y el Código Civil argentino, artículos 54 y 55, en Luis F. P Leiva Fernández, *Código Civil. Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

[20] Carolina Mesa Marrero, "Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43, julio-septiembre de 2002, p. 160, *cit. pos.* Sheila Sánchez Bergara, *Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifactio activa*, Trabajo de Diploma, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005, p. 22.

tir de los dieciocho años cumplidos; capacidad restringida, entre los diez años cumplidos y los dieciocho; incapacidad total, los menores de diez años.[21] La persona que padece alguna discapacidad que no le priva de discernimiento[22] 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, más 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 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.

Una persona con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, puede ejercitar *per se* los derechos sobre bienes de los que resulte titular; podrá, como propietaria, usar y disfrutar bienes, administrarlos, disponer de ellos *inter vivos* y *mortis causa*. Todo ello, claro está, con las restricciones que imponga de hecho su propia discapacidad natural, pero no como resultado de una merma de su capacidad de obrar establecida por el ordenamiento jurídico.

[21] *Cfr.* Artículos 29, 30 y 31 del Código Civil cubano, Ley núm. 59 de 1987.

[22] 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 Ricardo Rabinovich-Berkman, *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 569-570.

Particularmente en cuanto a los actos de disposición relacionados con el patrimonio, debe tenerse en cuenta el tipo de discapacidad física que aqueja a la persona, así como el modo y grado[23] en que ésta incide en su capacidad de negociar, esto es, si puede o no, a pesar de la discapacidad, formarse una libre voluntad interna y comunicarla de modo inequívoco. Así, habrá de dilucidarse si pueden contratar, testar o aceptar herencias los que padecen de afecciones físicas que inmovilizan sus miembros o cuyos miembros han sido amputados pero se mantienen con posibilidad de hablar, los que padecen de afectaciones mentales o psíquicas, los afectados en la visión, el oído o el habla, de forma exclusiva o combinada cada una de estas modalidades. A nuestro juicio, podrán hacerlo si mantienen a pesar de su afección su capacidad jurídica, lo cual siempre se presume.

El artículo 50 del Código Civil cubano brinda cobertura a toda persona con competencias especiales para realizar actos jurídicos respecto a los cuales no tenga un impedimento en razón de la discapacidad física, psíquica o sensorial padecida. El precepto establece en su primer apartado que los actos jurídicos expresos pueden realizarse oralmente o por escrito, de modo que si la discapacidad afecta el habla, pero la persona puede expresarse por escrito, no existirá dificultad alguna para dar a conocer su voluntad, y ya hemos dicho que en nuestro país existen escuelas especiales para atender las deficiencias de estas personas que necesitan atenciones pedagógicas especiales que reducen al mínimo la posibilidad de que no sepan leer y escribir. Si la discapacidad afecta

[23] En Cuba no existe norma legal que fije grados de discapacidad o minusvalía vinculados al ejercicio de la capacidad, como ocurre en España, *v. gr.*, donde la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad establece ciertos baremos o porcentajes según la discapacidad que se padece, si física o psíquica, y el grado de minusvalía padecida, en correspondencia con el cual podría resultar o no titular de un patrimonio protegido.

la posibilidad física de escribir pero se mantiene el lenguaje oral, podrá exteriorizarse la voluntad de esta forma.

El apartado segundo del propio artículo 50 extiende incluso las posibilidades de actuación de las personas con discapacidades, pues se dispone en él que 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 realizarse de cualquier otro modo comprensible, directamente o mediante intérprete. Se ofrecen de esta manera amplias posibilidades en cuanto a la forma de los actos jurídicos, y con esta norma de alcance general, se deja expedita la vía de exteriorizar una voluntad, *v. gr.* a través del lenguaje de las señas, o por el sistema Braille. Lo importante es que se comprenda el alcance de esa voluntad exteriorizada, aún y cuando no pueda ser expresada a través de la grafía (discapacitados físicos-motores) o del lenguaje oral (mudos). Cuando sea necesario el recurso del intérprete, ya de un sordomudo o de un sordociego, por ejemplo, éste tendrá la misión de hacerse entender frente a terceros, no versados en este particular lenguaje, de modo que no exista valladar que impida a la persona con tal discapacidad intervenir como cualquier otra en el tráfico jurídico.

El Código Civil, en este caso, ni siquiera exige que se acredite ante el funcionario correspondiente, como pudiera ser un notario, la titulación que habilita a quien se dice conocedor del lenguaje de señas, para el ejercicio de su función. Es suficiente que demuestre en la *praxis* sus conocimientos y los despliegue con eficiencia, permitiendo la comunicación de la persona con discapacidad con quien o quienes intervendrían en el acto jurídico a concertar, incluido, por supuesto, el funcionario autorizante. Se deja la forma del acto jurídico a las posibilidades de actuación del sujeto, según sus potencialidades y posibilidades reales, quien elegirá la vía mejor y más idónea para darse a entender, según se colige de la redacción del precepto apuntado, de acuerdo a sus particulares circunstancias, aún cuando existirán determinados actos donde la

imposición legal de una determinada forma requerirá de un análisis casuístico más detallado.

En el caso de los derechos personales, la persona con discapacidad puede concurrir como compareciente ante el registrador del estado civil a los fines de declarar o promover asuntos relacionados con los hechos o actos del estado civil de las personas. Los discapacitados sensoriales podrán hacerlo por medio de un testigo "idóneo", además de los que la ley exige para el acto en cuestión, como sería el caso del matrimonio ante funcionario registral, en que la ley exige la presencia de dos testigos (*cfr*. artículo 59 inciso *i)*, 6 *in fine* de la Ley del Registro del Estado Civil y artículo 114, tercer párrafo, del Reglamento de la Ley). El artículo 70 del nombrado Reglamento habilita esta actuación registral, exigiendo tan sólo que lo relativo a la presencia del testigo de asistencia se haga constar en el asiento o documento que se trate. Igualmente debe hacerse constar el auxilio en la lectura o en la firma que reciba el compareciente impedido de hacerlo por sí.

En sede de Derecho de familia, ningún impedimento físico es causa de limitación del derecho a formalizar matrimonio, salvo las cautelas que en el orden de las formalidades toma en consideración el legislador. En el acto mismo de formalización se tomarán las precauciones que ya se han señalado, desempeñando un papel significativo la figura del intérprete como testigo "idóneo".

A pesar de lo anterior y aun cuando el sexo no constituye causa limitativa de la capacidad de obrar en nuestros días, no debe olvidarse que en el contexto social y familiar las mujeres siguen sufriendo muchas veces una "protección discriminatoria", especialmente aquellas que padecen alguna discapacidad. El entorno familiar sigue oponiendo una fuerte resistencia para reconocer su papel de esposas y madres, aunque paradójicamente muchas mujeres con discapacidad representadas en el imaginario social como personas débiles y dependientes, se convierten en cuidadoras de madres y padres ancianos, de sobrinos y otros familiares. Por otra

parte, el personal médico desaconseja de forma sistemática los embarazos por considerarlos "de alto riesgo" ocultando su desconocimiento profesional para tratar una mujer con discapacidad en esa situación, temor que se manifiesta también en el momento del parto con la práctica generalizada de cesáreas, en la mayoría de los casos innecesarias.[24]

La posibilidad de formar una familia no se plantea como algo libremente elegido, ya que se da por supuesto que las mujeres con discapacidad no pueden tener pareja y formar una familia, en cualquiera de sus modalidades posibles, pues no cumplen con el estereotipo ideal de mujer que impera en la actualidad. Igual línea de pensamiento y acción se reitera cuando estas mujeres pretenden participar en programas de fertilidad o deciden adoptar. Con todo ello se advierte una vez más que la problemática que presenta la discapacidad no se fundamenta en la discapacidad como tal, sino que emerge desde la relación discapacidad-sociedad, arroja un resultado con fuertes características de exclusión y desintegración social, lo cual afecta a la familia involucrada.

En Cuba, la Federación de Mujeres cubanas promueve el trabajo social en función de lograr la plena igualdad de la mujer en todos los órdenes, particular que ya se ha logrado en el orden normativo. Especial atención se brinda a la mujer con discapacidad y su familia, desarrollando un trabajo diferenciado con las mujeres asociadas a la Asociación Cubana de limitados Físicos Motores (ACLIFIM); Asociación Nacional de Sordos de Cuba (ANSOC) y la Asociación Nacional de Ciegos (ANCI), fortaleciendo las relaciones e intercambios con cada una de las Asociaciones e incrementando la incorporación y participación activa de las mujeres con competencias diferentes a las actividades de la organización. A través

[24] Véase Manifiesto de las mujeres con discapacidad *Por nosotras y nuestras familias*. Disponible en http://www.imagina.org/archivos/MANIFIESTO%20 Mujeres_2004.doc [Fecha de consulta: 2 de marzo del 2005].

de las Casas de Orientación a la Mujer y la Familia se desarrollan programas de orientación y educación a madres, padres, y familiares de niños y jóvenes con discapacidad y se propicia la incorporación de estas féminas con discapacidades a cursos que las adiestren en oficios que le permitan su superación e incorporación al trabajo. Las principales acciones en este sentido han ido dirigidas a buscar mayor participación de estas mujeres en la vida social y comunitaria, propiciar la superación cultural de las mismas y su acceso al empleo, la incorporación consciente de las jóvenes y mujeres no afiliadas a la Organización y la detección y contribución a la solución de los problemas sociales que las afectan.

Tampoco en el orden del ejercicio de la patria potestad, de la tutela o de la adopción, existen limitaciones a las personas con discapacidad, si bien la declaración judicial de incapacidad es motivo de suspensión de la patria potestad, según se dispone en el artículo 94 del Código de Familia cubano.

El artículo 27 del Decreto-Ley 234/2003[25] permite a los padres con hijos que padecen alguna discapacidad acogerse a una licencia no retribuida a partir del primer año de vida del niño o niña y hasta que éste cumpla los tres años, lo cual facilita el seguimiento de la conducta y comportamiento del menor durante estos primeros años de vida, sin que pierda la posibilidad de reincorporarse a su centro laboral. El alcance de esta norma se extiende también a los padres adoptivos y los parientes obligados a dar alimentos conforme con el Código de Familia y, según el inciso *d)* de su Disposición Transitoria Primera, se le atribuye carácter retroactivo dado el beneficio que entraña, por lo que a su tenor resultaron protegidos también los progenitores de aquellos menores con dis-

[25] Artículo 27: "La madre o padre trabajadores de un menor de edad que presenta una discapacidad física, mental o sensorial, amparada por dictamen médico que determine requiera una atención especial, puede acogerse a una licencia no retribuida a partir del primer año de vida del niño o niña y hasta que cumpla los tres años".

capacidad que a la entrada en vigor de la norma aún no habían arribado a los tres años de edad.

3. Actos jurídicos civiles que requieren complemento de la capacidad de obrar

El texto sustantivo civil en su artículo 30 reconoce la capacidad restringida, categoría en la que puede estar inmersa la persona con discapacidad y que permite graduar el ejercicio de la capacidad, de modo que conforme lo aprecie el órgano judicial, se le restringiría la esfera de actuación según el grado de madurez y las posibilidades físicas y sensoriales que el individuo tiene para encarar los actos de la vida. Empero, a los efectos del ejercicio de la capacidad lo que importa no es la declaración de restricción, que no cuenta con mecanismo establecido en nuestro ordenamiento legal, sino el grado de minusvalía que padezca el sujeto discapacitado, no existiendo tampoco preceptiva jurídica que establezca gradaciones para su apreciación.

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 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 sólo, no asociado a ninguna deficiencia orgánica o sensorial, pueda impedir 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.

¿Cómo pueden intervenir los discapacitados en situación de capacidad restringida en actos jurídicos que excedan el ámbito de la simple satisfacción de las necesidades de la vida diaria? No existe en el orden adjetivo ningún proceso para la declaración de esa 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 restablecer la figura de la curatela como institución de guarda a las personas discapacitadas en situación de capacidad restringida, a más de otros sujetos como los menores contemplados en el inciso *a)* del propio artículo 30 del Código Civil.

4. Actos jurídicos civiles a través de representantes

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 diferencia que les aqueje, sino simplemente un tratamiento igual por razón de la edad. En el artículo 7 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*, garantizando 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 menor de edad con discapacidad estará sujeto a patria potestad y serán sus padres los encargados de ejercitar sus derechos y representarlo en los actos jurídicos que procedan. Para la mejor protección de los hijos y evitar la promoción del expediente de tutela ante los tribunales, se prevé actualmente la posibilidad de prorrogar la patria potestad de los padres en casos de discapacitados severos antes de que éstos arriben a la mayoría de edad. Si el menor discapacitado no está sujeto a patria potestad, será a través del tutor designado por el tribunal competente, en virtud del Título IV del Código de Familia, que podrá intervenir en la realización de actos jurídicos.

En el caso de las personas con discapacidad, mayores de edad, incapacitados de obrar por sentencia judicial, estarán sujetos también a la tutela como institución de guarda y podrán ejercitar sus derechos a través del tutor.

La tutela y otras formas de guarda legal que pueden alcanzar a personas con discapacidades han adquirido gran importancia en el tráfico jurídico contemporáneo dada la comprensión más o menos generalizada de la necesidad de proporcionar adecuada protección y atención a las personas incapacitadas. Así, vienen recibiendo singular protagonismo las que se han denominado disposiciones y estipulaciones respecto a la propia incapacidad, destacando la doctrina[26] su indubitable trascendencia social y la multiplicidad de razones que permiten aconsejar que una persona, antes de llegar a la incapacidad para autogobernarse y comuni-

[26] Pueden señalarse, entre otros autores, Rivas Martínez, J. J., "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", en *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" en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, España, núm. 50, pp. 91-118; Nelly Talana de Brandi y L. R. LLorens, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996; L. B. Pérez Gallardo, "De la autonomía de la voluntad y de sus límites", Ponencia presentada en la III Convención Latinoamericana de Derecho, Colombia, Universidad de Antioquia, en LexSUM, Facultad de Derecho, U.H.

carse, pueda prever aspectos variados de su existencia, utilizando, entre otras, la vía de la autodelación de la tutela o autotutela.

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

Aunque no existe una prohibición expresa en nuestro ordenamiento jurídico respecto a esta particular forma de delación de la tutela, tampoco existen las que la refrendan, siendo necesario un cause legal idóneo para estos imperativos actuales, que se espera propicie el nuevo Código de Familia que se apruebe.

Otra figura de protección de posible aplicación a la persona con discapacidad es la guarda de hecho, que servirá para regularizar la situación de personas que atienden a discapacitados sin que se las haya deferido la tutela, interviniendo en su interés, aunque no en su nombre, en actos jurídicos que les beneficien.[27] Esta última

[27] Véase Rogel Vide, Carlos, "Sobre la guarda de hecho" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre-diciembre de 2000. Afirma este autor que: "La

figura tiene su antecedente en nuestro medio en la asistencia social a domicilio que regula la Ley de Seguridad Social, Ley núm. 24 de 28 de agosto de 1979, que consiste en brindar atención y cuidados básicos de carácter personal, doméstico y social en su propio domicilio a aquellas personas cuya discapacidad le impide un desempeño normal en las actividades de su vida diaria. A través de los servicios que debe prestar el asistente social a domicilio, que recibe por ello un salario en correspondencia al tiempo de servicio que requiera el beneficiario de acuerdo al grado de dependencia y severidad de su discapacidad, salario que corre a cargo del presupuesto de Asistencia Social, se logra que personas de avanzada edad o discapacitadas que no tienen suficiente garantía para su cuidado, reciban protección en su propio medio, mantengan un vínculo social y afectivo y alcancen una vida más plena.

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 en aquellos actos para los que no tiene la "capacidad suficiente". Como dispone el mencionado artículo 12 de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, los Estados signatarios deben asegurar medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica que proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos.

---

guarda de hecho —en efecto— es una situación, una relación jurídica informal todo lo irregular que se quiera, mas nunca un hecho jurídicamente irrelevante, como parecen pensar algunos que se dejan confundir por el aparejado a la guarda, sin entender que, bien visto ello, no implica guarda fáctica como contrapuesta a jurídica sino, por el contrario, guarda efectivamente ejercida y asumida de hecho, realmente, aun al margen de las formalidades legales".

III. Particular incidencia de la discapacidad en materia de Propiedad Intelectual

1. Discapacidad y derecho de autor

Recientemente, en junio de 2013, se celebró en Marrakech la Conferencia Diplomática sobre la conclusión de un tratado que facilite a las personas con discapacidad visual y a las personas con dificultad para acceder al texto impreso, el acceso a las obras publicadas.

En dicho tratado se recuerdan los principios de no discriminación, de igualdad de oportunidades, de accesibilidad y de participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, proclamados en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, y los desafíos perjudiciales para el desarrollo integral de las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, que limitan su libertad de expresión, incluida la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole en pie de igualdad con otras, mediante toda forma de comunicación de su elección, así como su goce del derecho a la educación, y la oportunidad de llevar a cabo investigaciones, recalcando la importancia de la protección del derecho de autor como incentivo y recompensa para las creaciones literarias y artísticas y la de incrementar las oportunidades de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y compartir el avance científico y sus beneficios.

Teniendo en cuenta que gran cantidad de personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso vive en países en desarrollo y en países menos adelantados, se establece la necesidad de ampliar el número de obras en formato accesible y de mejorar su distribución, así como fortalecer la inci-

dencia positiva de las tecnologías de la información y la comunicación en la vida de esas personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso mediante la mejora del marco jurídico a escala internacional.

Por otra parte, la persona con discapacidades físicas, sensoriales y aún psíquicas, puede ser autora, pues para poseer tal condición basta el acto de creación. Para ser autor, por tanto, basta crear, sin que se exija capacidad específica para la realización de este acto, pues en muchas ocasiones la incapacidad de obrar no coincide con la ineptitud de la mente para la creación de una obra del ingenio. Así, afirma Ascarelli[28] que el Derecho va a tutelar la misma obra en cuanto objetivamente presente en ella determinados caracteres, al margen del *iter* psicológico requerido para su formación.

Pero distinta de la capacidad para la creación es la capacidad para hacer valer el derecho del autor y transmitir facultades integrantes del mismo a otros. No debe establecerse ninguna distinción de edad o relativa a otra condición física, psíquica o sensorial en lo que atañe a la capacidad creadora del autor, existiendo la posibilidad de crear obras intelectuales en cualquier edad o estado de la persona, pero en cuanto a la capacidad de obrar deben considerarse otros particulares. Sin embargo, nuestra Ley de Derecho de autor, Ley 14/77, no dedica ningún precepto a la capacidad del autor, ni alude en ningún artículo a supuestos de ejercicio del derecho de autor en caso de creadores menores de edad o incapacitados, por lo que habrá de regirse ésta por lo preceptuado, con carácter general, por el Código Civil.

Dada la especial naturaleza del Derecho de autor, el ejercicio de las facultades morales y patrimoniales que lo integran se encuentra estrechamente vinculado. Así, aunque nada dice nuestra Ley al respecto, debe entenderse que las facultades morales, por su

[28] T. Ascarelli, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, trad. de E. Verdera y L. Suárez Llanos, Barcelona, Bosch, 1970, p. 654.

carácter personal, deben ser ejercitadas por el propio autor, aun en aquellos casos de autores menores de edad, tengan o no alguna discapacidad; no podrá, a nuestro juicio, sustituir su voluntad en este caso el representante legal, pues ello atentaría contra la propia esencia protectora de la institución de la representación en su vertiente legal. Si un autor menor de edad decide hacer salir de su esfera íntima la obra que ha creado, por ejemplo, de la que se siente plenamente satisfecho y su representante legal coincide con tal criterio, pienso que para poder realizar la divulgación efectiva de la obra podría concurrir como parte a un contrato de explotación económica de aquella, pero al no poder otorgar personalmente su consentimiento en dicho contrato, so pena de nulidad según lo preceptuado por el artículo 67, inciso *b)* del Código Civil, su representante legal actuará en su nombre, en aplicación del artículo 32 del propio texto legal.

Si, por el contrario, un autor menor de edad, tenga o no discapacidad, considera que su obra no debe ser divulgada, mientras que su representante legal considera que es positivo y conveniente que sea conocida por el público, la situación es diferente. Se produce aquí un conflicto de intereses que la doctrina se inclina mayoritariamente por resolver a favor del menor que tiene la condición de autor.[29] Es adecuado este criterio, pues al ser la facultad de decidir la divulgación de carácter personal, la voluntad del autor es intransmisible e inalienable, aunque menor de edad, no puede ser sustituida por la de su representante legal y tomada la decisión de no divulgar por parte de aquel, no cabe pensar en la posibilidad de concertar contrato alguno relativo a la reproducción de la obra u otra forma de explotación económica de la misma.

Puede producirse también otra situación diferente, cuando el autor menor de edad desea divulgar su obra pero su representante

[29] Véase Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, *Derecho de autor: la Facultad de decidir la divulgación*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 116 y 117.

legal se opone a ello. El conflicto planteado en este caso resulta de solución más difícil y controvertida que en los supuestos anteriores, pues se podría considerar que el representante toma en cuenta razones que tienden a salvaguardar los intereses del menor como base para su negativa a la divulgación de la obra de éste y, en tal sentido, su actuación sería entendida dentro de los límites que la ley establece para el ejercicio de su representación.[30] Ni siquiera en tales casos, para otros,[31] sería admisible la intervención judicial para solucionar tal conflicto, pues esta intromisión sólo estaría justificada cuando entren en juego razones económicas, pero no cuando se mezclen con aquellas razones de índole personal o moral, como las que tienen que ver con la fama o el buen nombre del autor.

En nuestro caso, ante la ausencia de preceptos especiales al respecto, tendríamos que acudir a lo previsto por el Código Civil para aquellos supuestos en que existen conflictos de intereses entre el menor y su representante legal. A tales efectos, el artículo 60 dispone que siempre que el representante legal tenga un interés opuesto a su representado, corresponde al fiscal la representación de este último.[32] Vale señalar que consideramos que esa intervención del fiscal sería procedente en caso de manifestarse el conflicto de intereses con ambos padres cuando ejercen conjuntamente la patria potestad, pues si sólo se presenta con uno de los progenitores, representará directamente al hijo aquél de entre ellos que no se oponga a la decisión de divulgación tomada por el menor de edad. Tal representación del padre o del fiscal estaría dirigida a lograr la divulgación efectiva de la obra a través del correspondiente

[30] Desbois, H., *Le droit d'auteur en France*, París, Dalloz, 1978, p. 619.

[31] Véase Carrelli, G., *L'autore minorenne*, *"Il Diritto di Autore"*, Roma, 1938.

[32] Sobre la intervención del fiscal en aquellos casos en que existen conflictos de intereses entre el menor y sus representantes en ocasión del ejercicio de la patria potestad, Véase Venus Rodríguez Hernández, y Aniuska Capote Arias, *Los conflictos de intereses y el acto jurídico consigo mismo*, Trabajo de Diploma, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, julio 2001, pp. 15-39.

contrato con el utilizador, o sea, a la prestación del consentimiento para la formalización de dicho contrato, no a la decisión de divulgar que como facultad moral previa corresponde sólo al autor, aún menor de edad y sin plena capacidad de obrar, incluso con discapacidades, como ya se ha apuntado.[33]

En cuanto a la situación del autor con limitaciones en el ejercicio de su capacidad o incapacitado totalmente de obrar por razón de enfermedad física o mental, se entiende que son válidas las consideraciones anteriores respecto a las obras que creen luego de la correspondiente sentencia judicial que declare su situación y determine el régimen de protección a que quedará sometido. En cualquier caso, como regla, sólo a él corresponde decidir si su obra debe o no ser divulgada, y para la divulgación efectiva de la misma transmitirá sus facultades patrimoniales a través de su representante legal, que será el encargado de otorgar materialmente el consentimiento en el correspondiente contrato con el utilizador. En caso de conflicto de intereses como los descritos en supuestos de menores, cabe seguir la misma línea arriba apuntada.

Sin embargo, en el caso de un autor afectado por sentencia judicial que declare su incapacidad parcial o total, por demás discapacitado, puede darse la situación adicional de que hubiera creado obras antes de la firmeza de dicha resolución judicial, respecto

[33] Es necesario destacar que algunas leyes sobre derecho de autor exigen obligatoriamente el consentimiento personal del autor, aún cuando se trate de un menor o incapacitado, para la conformación de los contratos a través de los cuáles se transmitan facultades relativas a la explotación económica de obras por ellos creadas. En tal sentido, resultaba emblemática la ley francesa de 1957, que en su artículo 53 disponía: "Será obligatorio el consentimiento personal del autor dado por escrito. Sin perjuicio de las disposiciones que rigen los contratos celebrados por los menores y los sujetos a interdicción, el consentimiento se exigirá aún cuando se trate de un autor legalmente incapacitado, salvo si este se encuentra en la imposibilidad física de otorgar su consentimiento. Las disposiciones del párrafo anterior no serán aplicables cuando el contrato de edición esté suscrito por los derechohabientes del autor".

a las cuales haya decidido la divulgación, e incluso puede haber concertado contratos para hacer efectiva dicha divulgación antes o durante la tramitación procesal de su incapacidad. ¿Serían válidos dichos contratos? Se considera que el consentimiento otorgado por el incapaz antes de la firmeza de la sentencia que lo inhabilita para el ejercicio de su capacidad cumple los requisitos legales exigidos para que sea efectivo, y en tal sentido no cabría la declaración de nulidad de los contratos concertados por éste durante esa etapa, aunque pienso que si el representante legal del incapacitado aprecia la existencia de vicios en el consentimiento, puede impugnar el negocio como parte interesada e instar su anulación al órgano jurisdiccional, en virtud de lo previsto por los artículos 69 y siguientes del Código Civil cubano.

Puede también darse la situación de personas cuya deficiencia o enfermedad, además de persistente, es insalvable, sin que exista la posibilidad de que sigan creando obras, pero que antes de la incapacitación plena habían realizado creaciones aún no divulgadas y sin que se conozca cual era su intención respecto a ellas ni estar en condiciones, aunque vivas, de poder dar a conocer si desean o no que dichas obras salgan de su esfera íntima. Aunque la facultad de decidir la divulgación es de carácter personal y sólo corresponde al autor, considero que en casos como éstos debe atenuarse el carácter absoluto de este derecho, pues lo contrario podría traer graves perjuicios al propio creador, que no podría obtener beneficio económico alguno por la explotación de su obra, estando posiblemente necesitado de realizar significativos desembolsos por razón de su estado de salud. También la sociedad podría verse afectada al no poder disfrutar la obra, lo que puede considerarse en determinados supuestos como un daño causado al desarrollo cultural.

Se considera que en esos casos excepcionales, puede admitirse que sean los representantes legales los que tomen la oportuna decisión, con la debida autorización judicial, siempre que el incapaz no se hubiera manifestado en contra de ello antes de la causa que

provocara su estado actual, de forma similar a como ocurre en el caso de obras póstumas, que pueden los herederos divulgar si no existe oposición que hubiera manifestado en vida el autor.

IV. Derecho civil para una sociedad inteligente. Retos y perspectivas. Consideraciones finales

Si sólo son inteligentes las sociedades justas, al decir de Marina,[34] 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 autor citado, y destaca que la interacción continua de los hombres es el fundamento de la inteligencia social.

En esa interacción participan personas con competencias diferentes, que por sus características 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.[35] 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 a favor de los más

[34] Marina, *op. cit.*, p. 159.

[35] Véase Humberto Maturana, *El sentido de lo humano*, Santiago de Chile, Dolmen, 1997.

desvalidos de la sociedad, y por otra parte, el sistema normativo que coadyuve al ejercicio de sus derechos. Un eje central 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.

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 lo trasladamos metafórica y gráficamente a la música, pudiéramos decir que las políticas públicas conforman el violín, mientras que las normas civiles y familiares son el arco que se desliza sobre sus cuerdas para obtener las notas exactas que queremos escuchar. No dejemos

mudo al violín creando una nueva discapacidad, también los sordos quieren escuchar su música…

V. Bibliografía

Albaladejo, Manuel, *Derecho civil. Introducción y Parte General*, t. I, vol. II, Barcelona, Bosch, 1996.

Bonilla Sánchez, Juan José, *Personas y derechos de la personalidad*, Madrid, Reus, 2010.

Carbonel Crespí, José A., *Los documentos de voluntades anticipadas. Legislación estatal y autonómica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Cárdenas González, Fernando A., *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, México, Porrúa, 2006.

Cuenca Gómez, Patricia, "La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español", trabajo presentado en la Comisión núm. 1 del Primer Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Buenos Aires, 10 y 11 de junio de 2010 (en soporte digital).

Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, t. I, Madrid, Tecnos, 1994.

Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de las personas*, Lima, Rhodas, 2006.

Jiménez Salinas, Juan C., "La autotutela como forma de protección a la dependencia", en Provea Fundació Pro Vellesa Autónoma, 2008.

LLoveras, Nora y Marisa Herrera [dirs.], *El derecho de familia en Latinoamérica. Las familias y los desafíos sociales*, vol. 2, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2012, p. 685.

Marina, Jesús A., *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*, Barcelona, Anagrama, 2004.

Maturana, Humberto, *El sentido de lo humano*, Santiago de Chile, Dolmen, 1997.

Mesa Marrero, Carolina, "Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43, julio-septiembre de 2002.

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, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007.

Pérez Gallardo, Leonardo B., Carlos M. Villabella Armengol y Germán J. Molina Carrillo [coord.], *Derecho familiar constitucional*, Puebla, Grupo Editorial Mariel, 2016.

Pérez Gallardo, Leonardo B., Carlos M. Villabella Armengol y Germán J. Molina Carrillo, [coord.], *Derecho civil constitucional*, Puebla, Grupo Editorial Mariel, 2014.

Pérez de Vargas Muñoz, José [coord.], *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, La Ley, 2006.

Rivas Martínez, Juan José, "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad" en *Ponencias presentadas por el Notariado Español. VII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, Colegios Notariales de España, 1998.

Rogel Vide, Carlos, "Sobre la guarda de hecho", en *Revista General de Legislación y Jurisprudenci*a, octubre-diciembre de 2000.

_____, *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*, La Habana, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005.

Fuentes legales

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).

Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 7 del 1o. de agosto de 1992.

Código Civil de la República de Cuba, Ley núm. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Madrid, Dykinson, 2005.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley núm. 7/1977 de 19 de agosto; Ley núm. 50/1984 de 28 de diciembre *De las Notarias 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.

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

Proyecto de Código de Familia, versión digital de noviembre/04. (en soporte digital).

Proyecto de Constitución de la República de Cuba, La Habana, Empresa de Artes Gráficas Federico Engels, 2018.