



TRABAJO DE DIPLOMA

TÍTULO: El sujeto con capacidad restringida por discapacidad psíquica en el entorno jurídico-legal cubano actual. Especial referencia al ámbito notarial.

Autora: Yainerys Iglesias Noriega.

Tutora: Msc. Yairis Arencibia Fleitas.

Universidad de Matanzas
Sede “Camilo Cienfuegos”
Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades



Nota de Aceptación

El Tribunal, teniendo en cuenta que el Trabajo de Diploma reúne los requisitos para la presentación al Acto de Defensa, acepta la misma y se arroga el derecho del uso que estime pertinente, en función de la Licenciatura en Derecho.

NOMBRE Y APELLIDOS

FIRMA

PRESIDENTE _____

SECRETARIO _____

MIEMBRO _____

OPONENTE _____

TUTOR _____

CONSULTANTE _____

MATANZAS, _____ DE 2016.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA.

En la Ciudad de Matanzas, en el mes de junio de 2016, quien suscribe, Yainerys Iglesias Noriega, declara bajo juramento ser la única autora del presente Trabajo de Diploma en opción al título de Licenciada en Derecho, y autorizo a la Universidad de Matanzas a que le dé el uso académico que considere preciso y provechoso.

Yainerys Iglesias Noriega.

Dedicatoria.

A mi mami, la persona que me ha ayudado a ser la mujer que soy hoy, por inculcarme todos los valores positivos que me caracterizan, por sus valiosos consejos, por hacer que crea en mí, que puedo lograr todo lo que me proponga en la vida, por su amor constante y estar en cada momento de mi vida. Te adoro eres mi tesoro más preciado y a quien dedico los resultados de esta investigación.

Agradecimientos:

- ✓ *A mi tutora la Yairis Arencibia Fleitas por su esfuerzo y dedicación. Sus conocimientos, orientación, paciencia y motivación han sido fundamentales para mi formación como investigadora. Ha fortalecido en mí el sentido de seriedad, responsabilidad y rigor académico. Gracias por guiarme y ayudarme en la realización de este trabajo y por todos los conocimientos que me ha brindado.*
- ✓ *A la persona más importante de mi vida, a mi mamá por lograr que vea la vida de una forma diferente, y confiar en mis decisiones, y porque a pesar de la distancia ha estado presente en cada instante de mi vida, apoyándome, guiándome y por ser mi mayor fuente de orgullo y admiración.*
- ✓ *A mis amigas y en especial a Ariadna e Isabel porque siempre estuvieron pendientes de mi progreso en esta investigación, día a día me dieron su apoyo y cariño cuando lo necesité. Gracias por confiar y creer en mí y haber hecho de mi etapa universitaria un trayecto de vivencias que nunca voy a olvidar.*
- ✓ *A mi familia, en especial a mi hermano por su preocupación y gran apoyo.*
- ✓ *A la profesora Yamirka Padrón Rodríguez por brindarme sus conocimientos y experiencias, dedicarme su tiempo y por permitir compartirle mis progresos en la investigación.*
- ✓ *Al doctor Adolfo Valhuerdi Cepero y su familia quienes aportaron sus conocimientos científicos en temas que no corresponde de forma directa a mi profesión.*
- ✓ *A todos mis profesores y compañeros que, de una forma u otra, han contribuido en mi formación.*

A todos muchas gracias.

Cuando menos lo esperamos, la vida nos coloca delante un desafío que pone a prueba nuestro coraje y nuestra voluntad de cambio; en ese momento, no sirve de nada fingir que no pasa nada, ni disculparnos diciendo que aún no estamos preparados. El desafío no espera. La vida no mira hacia atrás."

Paulo Coelho, Buenos Aires, agosto de 2000.

Índice:

Introducción:	2
Capítulo I: Capacidad de obrar restringida por motivo de enfermedad mental. Bases teóricas y doctrinales.	9
1.1- Cuestiones doctrinales acerca de la capacidad jurídica	9
1.1.1- La capacidad jurídica civil de la persona individual: concepto y modalidades.	9
1.1.2- Causas limitativas de la capacidad de obrar.	11
1.2- La enfermedad mental. Influencia en la capacidad.	13
1.2.1- Conceptualización y efectos legales.	13
1.2.2 - Especial referencia a las enfermedades que originan un régimen de capacidad restringida.	17
1.2.3- Capacidad de obrar restringida por padecimiento de enfermedad mental: simbiosis médico-jurídica.....	30
1.2.4- La psiquiatría forense y el dictamen pericial como medio para determinar la existencia de capacidad restringida.	33
1.3- La esencia del debate como premisa para formular soluciones.	35
Capítulo II: El entorno jurídico-legal cubano actual de sujeto con capacidad restringida. Especial referencia al ámbito notarial.	37
2.1- Regulación sustantiva de la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico cubano.	37
2.1.1- Análisis del ejercicio de la capacidad de obrar restringida desde la óptica de la norma civil cubana y legislaciones foráneas.....	39
2.2- Régimen de apoyo y asistencia a las personas con capacidad restringida.. 47	
2.3- La declaración judicial de capacidad restringida como presupuesto para la intervención notarial.	52
2.4- La intervención de sujetos con capacidad restringida por razón de discapacidad psíquica en sede notarial.	53
2.4.1- El notario como asesor legal del discapacitado.	53
2.4.2- El juicio notarial de capacidad y la intervención del perito para su apreciación.....	56
2.4.3- Intervención de los discapacitados mentales a los que se le ha restringido la capacidad de obrar en sede notarial.....	61
2.4.4- Ámbitos en que resultaría admisible la comparecencia <i>per se</i> del sujeto con capacidad restringida por discapacidad mental.....	63
Conclusiones	74
Recomendaciones	76

Bibliografia: 77

Introducción:

La capacidad se ha esgrimido como una de las ideas más abordadas y estudiadas en la doctrina del Derecho por el necesario rol que ejerce para determinar cuándo un sujeto puede actuar *per se* en el tráfico jurídico- interviniendo válidamente en actos de relevancia jurídica- y las consecuencias de su actuación sin la debida capacidad, lo que ha incidido favorablemente en el desarrollo y perfección desde el punto de vista doctrinal de esta institución. La misma se define como la aptitud para ostentar derechos y contraer obligaciones y siempre va a ser paralela a la personalidad, pues para exteriorizarla necesariamente se tiene que ser persona y vinculada a relaciones jurídicas concretas, se desdobra en dos manifestaciones o clases: capacidad de derecho y capacidad de hecho. La primera consiste en la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de obrar o de ejercicio es la facultad de ejercer estos por sí mismo.

La capacidad de obrar, vinculada a la aptitud para el ejercicio de los derechos y la realización de actos jurídicos eficaces, no se presenta de forma uniforme en todas las personas. Para poseerla plenamente, es necesario estar dotado de cabal juicio, de entendimiento suficiente en cuanto a los efectos que producirá el actuar y de posibilidades de expresar la voluntad de manera inequívoca. Tal aptitud se presume en las personas que, con la edad determinada, han alcanzado madurez, siempre que esta no se encuentre afectada por enfermedad física o mental, situación que deberá probarse legalmente.

Pero las afectaciones a su capacidad natural de querer y entender no se manifiestan de igual modo ni en el mismo grado en todos los individuos; por lo que está sujeto a gradación y variación en la ley, dependiendo del grado de desarrollo de la conciencia del individuo y de la que se derivan diferentes situaciones, las que transitan desde la carencia absoluta de capacidad, su disfrute total o pleno y su goce parcial restringido o limitada. Esta última es aquella que por imperativo legal reduce las facultades de obrar de una persona, sin considerarla por ello totalmente incapaz.

La capacidad restringida se manifiesta como una limitación parcial de la capacidad de obrar, en la que se establece como presunción que el individuo tiene aptitud para el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones sin auxilio de terceros y al mismo tiempo estará imposibilitado de actuar por sí en otros escenarios jurídicos, para los que requerirá la asistencia de otra persona. La ley otorga a los sujetos en este caso una condición especial, que les permite un ámbito limitado de actuación.¹ Tal es el supuesto en que se hallan comprendidos en Cuba los sujetos menores de edad que han arribado a los 10 años de edad y las personas mayores de edad afectados por enfermedad o trastorno mental en un grado tal que no resulta suficiente para considerarlo incapaz judicialmente, pero que indiscutiblemente conlleva la restricción del ejercicio de su capacidad de obrar.

Concretamente esta autora se ha centrado en el último contexto señalado, sobre la base de que constituyen un tema apremiante no solo en el ámbito nacional, sino a escala global, pues los trastornos mentales constituyen un creciente problema sanitario en el mundo. En 1990 se le imputó a los trastornos psiquiátricos y a las enfermedades neurológicas el 8.8% de la carga total de las enfermedades en América Latina y el Caribe, estimado según los años de vida ajustados por discapacidad (AVAD). En el 2002 esa carga había ascendido al doble (22.2%) según datos de la Organización Mundial de la Salud.²

Reviste este tema gran importancia debido al incuestionable panorama que enfrenta la sociedad cubana actual, en el cual los índices demográficos apuntan a un acelerado nivel de envejecimiento de la población lo que conlleva, aunque no necesariamente, a que se produzcan discapacidades asociadas a la edad³, por lo

¹Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen. "Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana", en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*. Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo, coordinado por los Doctores. Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo. Primera Edición, editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 358.

²Vid. COLECTIVO DE AUTORES. *Salud mental en la comunidad*. Segunda edición. Editorial OMS-OPS, Washington D.C, 2009, p.3.

³El 19 % de la población cubana tiene 60 años y más y para el 2030 se estima que ascenderá a un 30, 3 %. De acuerdo con estadísticas oficiales la esperanza de vida al nacer es de 78, 5 años: 80, 45 para mujeres y 76, 5 para hombres. Al respecto V. gr. Cfr. Cuba envejece: ¿éxito o problema? (II) Periódico Granma, La Habana, 24 de febrero de 2016.

que se otorga en Cuba un tratamiento sistémico a la salud mental a través de una medicina preventiva que busca mitigar los efectos de estas enfermedades.

De modo paralelo, los avances científicos y en particular los adelantos médicos-biológicos alcanzados en el campo de la psiquiatría permiten determinar que el grado de discernimiento en los trastornos mentales no se manifiesta igual en todos los sujetos, en muchos casos estos conservan la facultad de autogobierno, lo que les concede posibilidades reales de participar activamente en el tráfico jurídico a través de su capacidad restringida de forma eficaz; pudiendo ofrecer su consentimiento y establecer relaciones jurídicamente vinculantes en pos de salvaguardar sus intereses personales, familiares y patrimoniales.

Ante esta problemática debe el Derecho intervenir para proteger la persona y bienes de estos individuos, sin que ello implique la invalidación de sus potencialidades, su suplantación o el desconocimiento de su personalidad. La legislación sustantiva cubana actual contempla esta institución, aunque la regula con contornos muy limitados, por lo que constituye un imperativo que se adecue a las nuevas realidades y se flexibilice la rigidez que impone la norma en el binomio capacidad-incapacidad, brindándole a estos sujetos, ante ciertas circunstancias, la posibilidad de actuación *per se* en el tráfico jurídico.⁴

El régimen de capacidad de las personas que ven disminuidas sus facultades para dirigir su vida y administrar su patrimonio por causa de una enfermedad o alteración mental, merecen un tratamiento prioritario en el derecho patrio y más aún después de la entrada en vigor de La Convención Internacional sobre los

Ello no conduce necesariamente a una modificación de su estado civil personal y siguen considerándose personas plenamente capaces pero no siempre sucede así ya que a la senectud le acompañan muchas veces enfermedades degenerativas, durante esta etapa de la vida existe una mayor fragilidad orgánica como resultado de los cambios degenerativos que se producen en los diferentes órganos y aparatos, con las consecuentes alteraciones psicológicas y sociales, todo lo cual otorga una mayor vulnerabilidad a este grupo.

Existen también otras discapacidades que inciden en el ejercicio de los derechos por sí de los individuos asociadas a enfermedades físicas o mentales y que no le permiten expresar su voluntad sin posibles equívocos, algunas de las cuales se abordarán en este trabajo.

⁴No en todos los supuestos se considera válida la actuación *per se* de estos sujetos, en algunos casos es necesario la presencia de una figura de asistencia como complemento de la capacidad de obrar que sería el curador institución de guarda que no está regulada en el ordenamiento jurídico cubano. Empero está prevista en el anteproyecto del Código de Familia cubano y en varias legislaciones foráneas.

Derechos de las Personas con Discapacidad⁵ –en lo sucesivo CDPD– de la cual Cuba es signataria desde 26 de abril de 2007, así ratificada el 6 de septiembre del propio año, la que situando de modo integral a las personas con discapacidad como sujetos de derecho, establece que sus demandas y necesidades deben ser cubiertas de forma que puedan alcanzar la igualdad de oportunidades con respecto al conjunto de los ciudadanos, tomando en consideración la perspectiva de las capacidades diferenciadas y la diversidad funcional de los mismos.

Como Códigos Civiles de avanzada que han regulado de forma acertada esta institución se pueden citar el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, los Códigos Civiles de España, Paraguay, Perú, México, Nicaragua, Chile, los que en general coinciden en regular la institución, utilizando indistintamente los términos de capacidad y personalidad jurídica, distinguen la incapacidad absoluta y la relativa y coinciden al fijar como causales de restricción la edad y la enfermedad o retraso mental.

En el ámbito doctrinal, son notables los estudios realizados sobre este tema por diferentes autores cubanos y que resultan de necesaria consulta para el análisis de esta materia, entre los que se encuentra la profesora Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ, quien cuenta con extensos estudios realizados acerca de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar y del ejercicio de la misma por las personas discapacitadas, a través de una aproximación acertada a la realidad cubana actual. Igualmente destaca el Doctor Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, que ha profundizado en el tema concretamente a través de estudios sobre el tratamiento de la incapacidad en el Código Civil cubano, a la discapacidad y la intervención de los discapacitados en el ámbito notarial, también la jueza del Tribunal Supremo Popular, Kenia María VALDÉS ROSABAL, quien ha ahondado sus investigaciones específicamente en la capacidad restringida y en el reconocimiento de un proceso judicial mediante el cual se pueda establecer.

⁵Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su protocolo facultativo, aprobada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, documento digital, disponible en: <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>.

Conjuntamente, aunque más alejados en el tiempo, constituyen de obligada referencia teórica los criterios del profesor Tirso CLEMENTE DÍAZ.

En el área internacional varios autores han centrado sus investigaciones en esta institución del Derecho Civil desde la óptica patrimonial, personal y familiar como en sus relaciones con el Derecho Civil y el Derecho de Familia constituyendo sus obras de referencia y consulta obligada como son: Manuel ALBALADEJO, Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, del mismo modo resaltan estudios más recientes sobre la capacidad jurídica, del autor español Carlos ROGEL VIDE, quien se ha centrado en todo lo relativo al derecho de la persona.

La intervención en el tráfico jurídico a nombre propio o través de una figura de asistencia mediante el reconocimiento legal a una capacidad restringida, es cada vez más una necesidad de las personas que por discapacidad psíquica ven mermadas sus facultades de autogobierno en aras de un adecuado reconocimiento a su personalidad. Es lógico que la capacidad de discernimiento y manifestación de voluntad inequívoca no será la misma en todos los discapacitados por enfermedad mental, por lo que se hace necesario establecer en nuestra ley procesal un sistema de graduación de la capacidad de obrar en el cual se establezcan los límites a partir del cual efectivamente estos individuos puedan realizar actos jurídicos de importancia para su persona y patrimonio. Lograr que efectivamente la capacidad restringida por discapacidad se tome en cuenta a partir de los postulados de la CDPC y vislumbrar las posibilidades que le concedería a estos sujeto, en un marco permeado por la seguridad jurídica concedida por la fe pública notarial, la función asesora del notario y las características de este tipo de funcionario, el ejercicio de sus derechos por parte de estas personas sobre la base de la situación actual en el orden socio-jurídico, es en lo que consiste la novedad de esta investigación.

Partiendo del escenario que se ha esbozado con anterioridad se plantea como **problema científico** de esta investigación el siguiente: ¿Qué aspectos caracterizan la realidad jurídico-legal cubana actual en torno a la intervención *per*

se de sujetos con capacidad restringida por discapacidad psíquica en el ámbito notarial?

En base a ello se proponen como objetivos los siguientes:

Objetivo General:

Caracterizar la situación jurídico-normativa cubana en relación con las posibilidades que ofrece a sujetos con capacidad restringida por discapacidad psíquica para el ejercicio personal de sus derechos, enfatizando en el ámbito notarial.

Objetivos específicos:

1. Profundizar, desde el punto de vista teórico y jurídico-lógico, en los elementos fundamentales de la capacidad y la enfermedad mental enfatizando en la interrelación existente entre ambas categorías.
2. Analizar la regulación legal vigente en torno a la capacidad restringida tanto en el ámbito nacional como foráneo.
3. Determinar en qué medida los aspectos característicos que definen la actualidad jurídico-legal de estos sujetos viabilizan el ejercicio efectivo de sus derechos, sobre la base de las garantías que ofrece el ámbito notarial.

La siguiente investigación será del tipo descriptivo-propositivo pues estará enfocada en mostrar las características generales en el plano teórico de la capacidad de obrar restringida por discapacidad psíquica, así como los presupuestos a tener en cuenta para la actuación *per se* o mediante apoyo de estos sujetos en sede notarial a los fines de proponer, desde una perspectiva teórica, vías para su acogida en la práctica notarial.

Para este propósito, serán empleados los siguientes métodos de investigación:

-Método teórico-jurídico, cuya utilidad aflorará desde el inicio mismo de la investigación y hasta su culminación, pues permitirá analizar los conceptos e instituciones que constituyen propiamente el objeto en estudio, así como otras relacionadas a ellas.

-Método exegético- analítico, que posibilitará efectuar las valoraciones necesarias de las categorías en análisis a través de la conjugación de los planos doctrinal y normativo, facilitando su interpretación en sentido técnico-jurídico y tomando en cuenta el contexto social existente.

-Método jurídico comparado, a los fines de buscar las luces normativas foráneas que sirvan de base para sugerir los cambios necesarios a introducir en la legislación cubana reguladora del tema en estudio.

-Método de Análisis Histórico este método permite que se analice la evolución histórica de algunas instituciones jurídicas civiles y de familia, así como determinar los factores históricos que pueden haber originado la promulgación de una legislación en un momento dado y la comprensión de hechos jurídicos del presente que tuvieron sus raíces en épocas anteriores.

Este trabajo se estructura en dos capítulos el primero está dedicado a sentar las bases jurídicas doctrinales de la investigación que se pretende realizar, ahondando asimismo en la capacidad jurídica, concretamente la capacidad de obrar restringida por discapacidad psíquica o mental. Además, serán analizadas distintas enfermedades mentales relacionadas con esta institución del Derecho Civil. En el segundo capítulo se aborda la regulación legal de esta institución tanto en el Derecho patrio como el foráneo, igualmente se realizará un análisis de la función asesora del notario y de la regulación notarial que permite la actuación de estos sujetos ante este funcionario público.

Culminada la investigación su principal resultado procura establecer los fundamentos teóricos que justifican una reinterpretación de la regulación sustantiva de la capacidad restringida por motivo de enfermedad mental en la legislación civil cubana, de modo que se atempere a las más evidentes realidades tanto sociales, legales como científicas, a los fines de sustentar las bases para una real y válida posibilidad de intervención *per se* de estos sujetos en sede notarial y en caso de ser necesario a través del apoyo de una figura de asistencia. Teniendo en cuenta que es en este escenario donde mayormente cobra relevancia jurídica la actuación del hombre en la creación, modificación o extinción de actos jurídicos concretos.

Capítulo I: Capacidad de obrar restringida por motivo de enfermedad mental. Bases teóricas y doctrinales.

1.1- Cuestiones doctrinales acerca de la capacidad jurídica.

1.1.1- La capacidad jurídica civil de la persona individual: concepto y modalidades.

Desde la óptica del Derecho, el atributo esencial de la persona natural (del hombre jurídicamente considerado) es la personalidad jurídica, condición que acompaña a esa persona por el solo hecho de serlo y que puede ser identificada como la aptitud que le es inherente para ser titular de derechos y obligaciones. La personalidad jurídica no es un derecho subjetivo, sino una cualidad que precisamente constituye la condición previa de todos los derechos y deberes, la base de todas las demás situaciones jurídicas subjetivas, la situación primaria y fundamental del hombre.⁶ Es una cualidad general e inalterable que está unida a la persona mientras exista, y que es reconocida por el ordenamiento legal a la persona individual como portador originario y más inmediato de derechos y obligaciones. No puede afirmarse una idea de Derecho justo donde no se reconozca personalidad a todos los seres humanos por igual, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo o cualquier otra circunstancia. Tal afirmación, felizmente, es una idea aceptada hoy universalmente, un patrimonio común de la cultura jurídica universal.

Esta categoría está inevitablemente conectada a la capacidad, no puede existir una sin la otra, al decir GULLÓN⁷: *“la capacidad jurídica no es más que la expresión de la igualdad y dignidad de la persona. Es por tanto la misma durante toda la vida, uniforme, inmune a graduaciones o modificaciones. Es la que hace al hombre sujeto de Derecho, reflejo de su personalidad y a ella necesaria e inmediatamente conectada. En nada se ve afectada por las circunstancias personales del individuo.*

⁶ Vid. PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*. Volumen I, Bosch, Barcelona, 1987, p. 163.

⁷ Vid. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *“Capacidad jurídica y Capacidad de obrar”*, en la obra colectiva, *Los Discapacitados y su protección jurídica*, Directores: GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y PICÓN MARTÍN, José. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, Pág. 13.

La capacidad jurídica no se concede, es una necesidad derivada de la misma personalidad humana”.

La misma se despliega en dos manifestaciones: la aptitud para la mera tenencia y goce de los derechos, y la aptitud para el ejercicio de estos, así como para concluir actos jurídicos: la primera referida a la capacidad de goce o jurídica por constituir esencia del individuo tiene que existir siempre, pues no se concibe a un individuo sin ella. Cuando se habla de la misma en sentido general o abstracto, según afirma el profesor TIRSO CLEMENTE citando a su vez a CASTÁN, hay que decir que reúne los caracteres de fundamental, única, indivisible, irreductible y esencialmente igual siempre y para todos los hombres.⁸ Es la aptitud de una persona para adoptar decisiones jurídicamente válidas, y entablar relaciones contractuales vinculantes.

La capacidad jurídica sólo se perderá con la muerte, y la tiene toda persona con independencia de su edad, estado civil y de su salud mental y física. En virtud de esta, todas las personas, incluidas las afectadas por una incapacidad, pueden ser titulares de derechos y obligaciones, y ser sujetos de las relaciones jurídicas. Algo distinto ocurre con la capacidad de obrar o de ejercicio, la misma alude a la aptitud de la persona para realizar actos jurídicos de manera directa y válida, es una cualidad que se predica respecto a la persona cuando esta es hábil para ejercitar por sí misma sus propios derechos y en general desenvolverse con autonomía en la vida jurídica.

CASTÁN TOBEÑAS, considera que, *“la capacidad jurídica o aptitud para la titularidad de derechos y obligaciones, se despliega en el ejercicio de tales derechos, cuando entramos en el ámbito de la capacidad de obrar.”*⁹ ROGEL VIDE entiende que es *“la aptitud de la persona para realizar actos con eficacia jurídica; la posibilidad conferida a esta de producir, con sus actos, efectos jurídicos para sí misma y para*

⁸ Vid. CLEMENTE DÍAZ, Tirso. *Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, Primera Parte, ENPES, La Habana, 1983, p.225.

⁹ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral, Introducción y Parte General*, Tomo Primero, Volumen Segundo. Decimotercera Edición, Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, catedrático de Derecho Civil. Editorial Reus, S. A, Madrid. 1982, p.136.

su patrimonio”.¹⁰ Por su parte GARCÍA VALDECASAS señala que: “la capacidad de obrar se manifiesta como complemento y perfección de la personalidad jurídica, que quedaría incompleta o imperfecta si el sujeto, teniendo capacidad jurídica, no pudiese ejercer sus derechos ni cumplir sus deberes. Los efectos jurídicos del ejercicio de los derechos o de los actos jurídicos realizados por las personas capaces se atribuyen a la conducta del sujeto en cuanto esta es manifestación de su voluntad; por ello, solo los sujetos capaces pueden celebrar válidamente actos jurídicos a los que la ley reconoce los efectos deseados por su autor”.¹¹

El ser humano no está apto en todas las circunstancias para realizar personalmente actos jurídicos dimanados de sus derechos u obligaciones, a pesar de que se reconozca en todas las personas por igual una capacidad general. Su ejercicio va aparejado a ciertas condiciones que se expresan a través del modo de ser o estar el ser humano en el ámbito de la comunidad donde se desenvuelve y depende de la concurrencia de los requisitos exigidos por cada ordenamiento jurídico, por lo que, si bien la capacidad de obrar se presume plena y se considera a la persona apta para expresar su voluntad de forma eficaz en virtud del principio general *pro capacitate*, esta ni la tienen todas las personas ni es igual para todas las que la tienen de manera que se puede producir una gradación en la capacidad.

1.1.2- Causas limitativas de la capacidad de obrar.

La capacidad de obrar puede encontrarse limitada si el sujeto no puede realizar por sí mismo y con plena eficacia actos o negocios jurídicos o algún tipo de ellos. Las limitaciones de la capacidad de obrar tienen carácter general o abstracto, e imposibilitan a la persona realizar actos jurídicos en general.¹² Pueden definirse en sentido amplio, como las circunstancias que inciden en la condición jurídica de las personas; o en sentido restringido y más técnico como causas que afectan la capacidad de obrar.¹³

¹⁰ Vid. ROGEL VIDE, Carlos. *Derecho de la persona*. Editorial Cálamo, Barcelona, 2002, p.13.

¹¹ Vid. GARCÍA VALDECASAS, Guillermo. *Parte General del Derecho Civil Español*. Editorial Civitas, Madrid, 1983, p.193.

¹² Vid. COLECTIVO DE AUTORES. *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p.112.

¹³ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, *op.cit*, pp. 170-171.

Múltiples han sido las causas que limitan ese actuar jurídico de una persona, según la formación económico-social en que desarrolla su quehacer. Pero, en cualquier caso, las limitaciones son de estricto orden público, no dependen de la voluntad de los particulares, y en la duda, se impone la presunción de plena capacidad, presunción *iuris tantum* que puede ser destruida, pero toda causa limitativa de la capacidad de ejercicio hay que probarla. Dentro de las variadas clasificaciones de las causas limitativas de la capacidad adoptadas doctrinalmente y situaciones o circunstancias que se han establecido como tales, se pueden mencionar: al sexo, la prodigalidad, la interdicción civil, el concurso, la quiebra, la enfermedad y la edad.

Estas circunstancias han variado con el desarrollo de los sistemas jurídicos modernos, quedando obsoletas varias de ellas debido a las nuevas concepciones sobre igualdad y libertad que rigen en torno al ejercicio de los derechos. Particularmente, en el Derecho Privado, la determinación de la capacidad y sus circunstancias modificativas responden en la actualidad a la aptitud de la persona para el autogobierno. Las legislaciones modernas y el derecho en general reconocen como únicas causas limitativas de la capacidad de ejercicio a la edad y la falta de aptitud de la persona, por enfermedad física o mental, para gobernarse a sí misma, circunstancias que, según el grado en que le afecten, puede dar lugar a la capacidad restringida.

La capacidad restringida ha sido definida por O'CALLAGHAN como "(...) el grado intermedio de la capacidad de obrar; la persona con esta capacidad actúa por sí misma en el mundo jurídico, pero precisa de un complemento de capacidad para la validez de ciertos actos jurídicos".¹⁴

Al decir de PÉREZ GALLARDO¹⁵, le son atribuibles a la capacidad restringida, los siguientes elementos distintivos:

¹⁴ Vid. O'CALLAGHAN, Xavier, "La declaración de incapacidad", en *La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, p. 47.

¹⁵ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo, "La protección legal de los discapacitados en Cuba. Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*", en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*. Libro Homenaje a la

- Condición intermedia que fluctúa entre capacidad e incapacidad, conformando un *status* especial que difiere de los extremos.
- Establece una esfera de actuación parcial, que no incluye todas las actuaciones permitidas por el ordenamiento jurídico.
- La validez de los actos depende de su inclusión en su esfera de actuación o de si los realiza con el debido complemento a la capacidad. De lo contrario, podrán ser declarados nulos, salvo ratificación posterior de quien de quien ostente su guarda.
- Requiere de un régimen especial de protección y complemento de su capacidad.

No obstante, la presente investigación se enfoca concretamente en la enfermedad mental como causa que origina un estadio intermedio de capacidad de obrar de entre las causas limitativas mencionadas en este epígrafe, por constituir el fundamento de esta investigación, siempre que la misma afecte el estado civil de la persona, como restricción para discernir el significado de los actos que pueda realizar o impidiendo que exprese su voluntad en sentido inequívoco. El profesor CLEMENTE DÍAZ¹⁶, en una concepción abarcadora de la enfermedad, la define como toda alteración de las condiciones normales de vida de la persona.

La enfermedad como causa natural de limitación de la capacidad de ejercicio tiene su origen en la naturaleza misma y puede en el tiempo ser permanente o temporal. Existe, sin embargo, una clasificación de las enfermedades que distingue entre las de carácter mental y las físicas, sentándose como principio que las segundas solo privan de la capacidad de acción si impiden a la persona actuar consciente y voluntariamente, por ello casi en su totalidad lo que implican para la persona es una prohibición de intervención en determinados actos.¹⁷

1.2- La enfermedad mental. Influencia en la capacidad.

1.2.1- Conceptualización y efectos legales.

profesora Dra. Olga Mesa Castillo, coordinado por los Doctores. Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo. Primera Edición, editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006, p.317.

¹⁶ Vid. CLEMENTE DÍAZ, Tirso, *op.cit.*, p. 371.

¹⁷ Vid. COLECTIVO DE AUTORES, *op.cit.*, p.119.

En 1958 Marie Jahoda¹⁸ desarrollo 6 principales categorías de la salud mental positiva:

- 1- Actitudes del individuo hacia sí mismo,
- 2- Presencia de patrones de crecimiento, desarrollo o realización,
- 3- Integración de la personalidad,
- 4- Autonomía e independencia,
- 5- Percepción de la realidad,
- 6- Dominio del entorno.

Basado en este enfoque se define la salud mental¹⁹ como estado de desempeño exitoso de la función mental que redunde en actividades productivas, en

¹⁸Marie Jahoda fue una figura importante en la psicología en Inglaterra y Estados Unidos, Jahoda recibió premios honoríficos de la Sociedad Británica de Psicología, y el comandante de la medalla Imperio Británico otorgado personalmente por la reina Isabel. Ella se convirtió en famoso a nivel internacional por su trabajo pionero sobre las consecuencias psicológicas del desempleo, la psicodinámica de prejuicios raciales y étnicos, y la psicología de la salud mental positiva. Definió estos 6 criterios de salud mental positiva basada en el concepto de salud mental que definió la OMS (Organización Mundial de Salud). Este modelo se centra en el individuo y toma en cuenta los aspectos de la salud física y los aspectos sociales. Marie Jahoda plantea que tener una buena salud física es una condición necesaria, aunque no suficiente para tener una buena salud mental. Así también consideró la salud mental positiva como un atributo o comportamiento personal, no colectivo, pero reconoció que el entorno social y cultural pueden facilitar o dificultar la consecución de la salud, por medio de las normas para evaluar el comportamiento saludable, que, lejos de ser fijas y objetivas, varían con el lugar, el tiempo, la cultura y las expectativas de cada grupo social.

¹⁹En Cuba desde el punto de vista social en la salud mental se han producido adelantos médicos-sociales que han contribuido a disminuir la prevalencia de trastornos crónicos degenerativo a través del desarrollo de una conciencia médica preventiva en la sociedad, que se manifiesta por el desarrollo de ejercicios físicos(incluso en las etapas avanzadas de la vida a través de los círculos de abuelos) la lucha contra los hábitos nocivos como el fumar y el alcoholismo favorecidos por los programas nacionales de lucha contra el alcoholismo y otras drogas con sus centros de rehabilitación; la educación y promoción de salud, llevada a la comunidad a través del equipo de salud mental y los promotores de salud, con la contribución de las organizaciones de masa como los Comité de Defensa de la Revolución(CDR) y la Federación de Mujeres Cubanas (FMC), además de los medios de divulgación masiva especialmente la radio y la televisión; la medicalización de la sociedad contemporánea, el factor asistencial, como hecho global al cual no se escapa, se refleja, por ejemplo en los indicadores muy incrementados de consultas por habitantes. La creación del modelo de medicina familiar en la década de los 80 que hoy da cobertura a toda la población del país, es la reforma más importante realizada en el Sistema Nacional de Salud en Cuba en años recientes, y se puede afirmar que, más que un hecho eventual, ha sido un proceso permanente.

relaciones satisfactorias con otras personas y en la capacidad de adaptarse al cambio y lidiar con la adversidad.²⁰

La pérdida o trastorno en cualquiera de estas categorías influiría en el diagnóstico de una enfermedad de tipo mental, la que según la OMS²¹ puede definirse como aquella que se produce a raíz de una alteración que repercute sobre los procesos afectivos, cognitivos y conductuales del desarrollo, la cual se traduce en dificultades para razonar, alteraciones del comportamiento, impedimentos para comprender la realidad y para adaptarse a diversas situaciones. Los trastornos mentales pueden ser consecuencia de factores biológicos, ambientales o psicológicos. Por eso requieren de un abordaje multidisciplinario enfocado a mejorar la calidad de vida del sujeto.

Los trastornos mentales de mayor severidad dificultan de manera sustancial la adaptación creadora del sujeto a su medio, modificando temporal o permanentemente sus valores, hábitos, crítica, comunicación y aptitudes, lo que incide directamente en la toma de decisiones del sujeto.²²

El espectro clínico (individual), socio-familiar y ambiental de estos trastornos de la salud mental es muy amplio y cambiante, dentro del mismo individuo y entre

²⁰Este concepto se encuentra también definido en varias leyes foráneas. Al respecto. *V. gr. cfr.* Ley No 1616 de 21 de enero de 2013, Ley de Salud Mental de Colombia la que la define como un estado dinámico que se expresa en la vida cotidiana a través del comportamiento y la interacción de manera tal que permite a los sujetos individuales y colectivos desplegar sus recursos emocionales, cognitivos y mentales para transitar por la vida cotidiana, para trabajar, para establecer relaciones significativas y para contribuir a la comunidad. *Cfr.* Ley N° 26.657 la cual regula la protección de los derechos de las personas con padecimiento mental en la República Argentina la conceptualiza como: "un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona" en el marco de la vida en comunidad. *Cfr.* Ley sobre Salud Mental No. 12-06 del Estado dominicano establece en el artículo 23 que la salud mental se define dentro de la perspectiva integral de la salud que dispone el Artículo 89 de la Ley General de Salud, como la condición biopsicosocial que le permite a la persona emprender iniciativas y aprovechar oportunidades para preservar la vida y mejorar su calidad; desarrollar y acrecentar sus capacidades; establecer relaciones afectivas interpersonales y convivir en un contexto social organizado.

²¹*Vid. Prevención de los trastornos mentales. Intervenciones efectivas y opciones de políticas. OMS 2012.* Disponible en www.who.int/topics/mental_disorders/es/. Consultado el 20 de abril de 2016.

²²*Vid. GONZÁLEZ MENÉNDEZ, Ricardo. Clínica psiquiátrica básica actual.* Editorial Ciencias Médicas, La Habana, 1998, reimpresión 2008, p. 26.

individuos diferentes. Motivados por esta variabilidad de expresión nos acercamos al tema de la salud mental no satisfactoriamente desarrollada y de aquella adquirida y luego deteriorada desde la posición jurídica, para regular estadios intermedios donde la incapacitación no sea completa, pero el desempeño socio-familiar y ambiental del individuo tampoco es normal.

Destacan como alteración en el desarrollo de las funciones intelectuales los trastornos del desarrollo intelectual leve y moderado que no incapacitan totalmente y que también tienen expresión en los dominios: conceptual, social y práctico (aquellos llamados comúnmente como discapacidad intelectual).

Por su parte, los trastornos neurocognitivos, que se basan en dominios cognitivos específicos bien definidos -como atención compleja, función ejecutiva, aprendizaje y memoria, lenguaje, habilidades perceptuales motoras y reconocimiento social- también son generadores de incapacidad parcial en fases iniciales que se pueden citar como los más frecuentes, entre los que se encuentran, los síndromes deterioro cognitivo leve y síndromes demenciales, con todas las entidades que a ellos responden.

Para las Ciencias Jurídicas y el Derecho en general la enfermedad mental trae aparejado una modificación a la capacidad de obrar del individuo, al estar mermada la voluntad como requisito sin el cual no se puede perfeccionar ningún acto jurídico, razón por la cual la presencia de una enfermedad mental origina como consecuencia jurídica la incapacitación²³, debido al deterioro que manifiesta a nivel subjetivo la facultad de discernimiento trayendo, como efecto tuitivo, la declaración de incapacidad en proceso judicial y la asignación de una persona que lo represente en la formalización de todos los actos jurídicos, lo que priva al individuo de poder atender su persona y bienes.

Empero, las afectaciones que el sujeto puede sufrir en este orden son disímiles, provocadas por diversas causas y dando lugar a un sinnúmero de situaciones,

²³ Se afirma que esta enfermedad mental debe ser persistente y afectar la capacidad para autorregir su persona y bienes para que sea causa suficiente de la declaración de incapacidad. Al respecto, *Vid.* ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil. I Introducción. Parte general y Derecho de la persona*. Volumen I, 14ta edición, José María Bosh Editor S.A., Madrid, 1996, p. 266.

pero no en todos los casos de enfermedad mental el sujeto debe ser considerado totalmente incapaz, porque se evidencia en la pericia médica supuestos en que, no se encuentran absolutamente afectadas las facultades del individuo de querer y entender los efectos de sus actos y de manifestar su voluntad teniendo en cuenta además que la capacidad no es un paradigma «sí / no», sino que puede ser situacional, depende del acto o problema concreto al que se enfrenta la persona y puede variar en grado. En un extremo del espectro están las personas que tienen «capacidad completa» en el otro extremo se encuentran las personas absolutamente incapaces y en el medio están los individuos con mayor o menor grado de capacidad.

1.2.2 - Especial referencia a las enfermedades que originan un régimen de capacidad restringida.

Una persona parcialmente incapaz sería aquella que presenta un deterioro o un trastorno de tal naturaleza que merma sus capacidades para tomar decisiones responsables concernientes a su persona y patrimonio y ello con carácter persistente, pero mientras que esa enfermedad no prive de aptitud para el autogobierno no tendrá el carácter de causa legal de incapacitación -lo que ocurre con algunas fases de determinadas enfermedades- en las el sujeto aún conserva su aptitud de entendimiento y voluntad, este es el caso de los trastornos mentales que se analizarán a continuación.²⁴

La discapacidad intelectual (trastorno del desarrollo intelectual): es un trastorno que comienza durante el período de desarrollo y que incluye limitaciones del funcionamiento intelectual, como también del comportamiento adaptativo en los dominios conceptual, social y práctico. Se deben cumplir los tres criterios siguientes²⁵:

²⁴La exposición de causales, tanto de enfermedades como de deficiencias, que originen un estadio intermedio de capacidad, incluso la que pretenda ser más exhaustiva, será incompleta y no abarcará todos los supuestos que en la vida pueden darse; de ahí que en esta investigación se pretenden abordar solo las más comunes.

²⁵*Vid.* American Psychiatric Association. *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5.* (Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales), Editorial Médica Panamericana, 2013, p.17.

- 1- Deficiencia de las funciones intelectuales, como el razonamiento, la resolución de problemas, la planificación, el pensamiento abstracto, el juicio, el aprendizaje académico y el aprendizaje a partir de la experiencia, confirmados mediante la evaluación clínica y pruebas de inteligencia estandarizadas individualizadas.
- 2- Deficiencias del comportamiento adaptativo²⁶ que producen fracaso del cumplimiento de los estándares de desarrollo y socioculturales para la autonomía personal y la responsabilidad social. Sin apoyo continuo, las deficiencias adaptativas limitan el funcionamiento en una o más actividades de la vida cotidiana, como la comunicación, la participación social y la vida independiente en múltiples entornos tales como el hogar, la escuela, el trabajo y la comunidad.
- 3- Inicio de las deficiencias intelectuales y adaptativas durante el período de desarrollo.

La discapacidad intelectual se subdivide en cuatro niveles, denominados: ligero (leve), moderado, severo (grave), profundo. Solo los niveles severo y profundo tienen tal nivel de defecto mental que resulta inimputable e indefenso para el derecho penal; e incapacitado para el derecho civil²⁷. La restricción de la capacidad de obrar puede no estar justificada en muchos casos de retraso mental ligero²⁸, si los requerimientos no presentan gran dificultad. En este caso, la persona puede ser competente en relación a sus requerimientos y contexto socio-cultural, se afirma que más que incapacitación, lo que necesita es entrenamiento, porque tiene aptitud para adaptarse a la complejidad de las relaciones humanas.

Escala de gravedad leve:

²⁶ La AAMR (American Association on Mental Retardation) ha optado por conceder mayor importancia a los aspectos funcionales, es decir, a las capacidades adaptativas del individuo que, al propio coeficiente intelectual, ya que diversos estudios vienen demostrando que la información sobre la comunicación, actividades simbólicas e interacción social es mucho más útil para el manejo y el apoyo del individuo afecto del retraso mental que el coeficiente intelectual.

²⁷ Sobre este punto de partida, esta autora ha centrado su investigación en la categoría de ligero y moderado.

²⁸ El término retraso mental definido en el DSM-IV- es el equivalente a la discapacidad intelectual como nueva conceptualización que se adoptó en el DSM-V de este trastorno del neurodesarrollo.

- **Área Conceptual:** En niños de edad preescolar, puede no haber diferencias conceptuales obvias. Para infantes en el nivel escolar y en adultos, existen dificultades en el aprendizaje de habilidades académicas como la lectura, la escritura, la aritmética, el control de tiempo, o del dinero, y se necesita apoyo en uno o más campos para cumplir con las expectativas relacionadas con la edad. En los adultos está disminuido el pensamiento abstracto, la función ejecutiva (es decir, planificación, definición de estrategias, determinación de prioridades y flexibilidad cognitiva), y la memoria a corto plazo, así como del uso funcional de las aptitudes académicas (por ejemplo, leer, manejar el dinero). Hay un planteamiento más concreto a la hora de solucionar los problemas de lo esperado para personas de su misma jerarquía.
- **Área Social:** Los individuos son inmaduros en las interacciones sociales. Por ejemplo, pueden tener dificultades para percibir de forma precisa las señales de sus iguales. La comunicación, la conversación y el lenguaje son más concretos e incipientes de lo esperado. Puede haber dificultades de regulación de la emoción y el comportamiento de forma apropiada, dichas dificultades se aprecian en las situaciones de interacción con iguales. Existe una comprensión limitada del riesgo en situaciones sociales y el juicio social es inexperto por lo que el individuo corre el riesgo de ser manipulado por otras personas (inocencia, credulidad). Todas las características expuestas se aprecian en comparación con los grupos de edad de desarrollo similar.
- **Área Práctica:** El funcionamiento de individuo puede ser adecuado para la edad en el cuidado personal, los mismos necesitan algún apoyo en la realización de tareas complejas de la vida diaria en comparación con sus coetáneos. En la vida adulta, la ayuda implica generalmente hacer la compra, el transporte, la organización doméstica y el cuidado de los hijos, la preparación de los alimentos, arreglar asuntos bancarios y el manejo del dinero. Las habilidades recreativas son similares a la de los grupos de la misma edad, aunque el juicio relacionado con el bienestar y la organización del ocio necesitan ayuda. En la vida adulta, con frecuencia se observa competitividad en trabajos que no destacan en habilidades conceptuales. Los individuos

generalmente necesitan ayuda para tomar decisiones legales y sobre el cuidado de la salud, así como para aprender a realizar de manera competente una vocación que requiere habilidad. El apoyo es típicamente necesario para formar una familia.

Escala de gravedad moderada:

- **Área Conceptual:** A través de las distintas etapas del desarrollo, las habilidades conceptuales de los individuos están notablemente retrasadas. En preescolares, el lenguaje y las habilidades pre-académicas se desarrollan de forma pausada. En los niños de edad escolar, el progreso en la lectura, la escritura, las matemáticas y la comprensión del tiempo y el dinero se produce lentamente a lo largo de esos años. Todo ello en comparación con sus iguales. Para los adultos las habilidades académicas se desarrollan en un nivel elemental, y requieren de apoyo para el uso de dichas habilidades en el trabajo y en su vida cotidiana. La asistencia en el día a día se basa en la necesidad de completar las tareas conceptuales de la vida diaria, e incluso otras personas pueden llevar completamente dichas responsabilidades.
- **Área Social:** El sujeto presenta notables diferencias respecto a sus semejantes, en cuanto al comportamiento social y comunicativo a lo largo del desarrollo. El lenguaje hablado es típicamente un instrumento primario de comunicación social, pero es mucho menos compleja que la de sus iguales. La capacidad de relacionarse está vinculada de forma evidente a la familia y los amigos y el individuo puede tener amistades satisfactorias a lo largo de la vida y, en ocasiones, relaciones sentimentales en la vida adulta. Sin embargo, los individuos pueden no percibir o interpretar con precisión las señales sociales. El juicio social y la capacidad para tomar decisiones son limitados y los cuidadores han de ayudar al individuo en esa tarea de la vida diaria. Las amistades desarrolladas típicamente con iguales están a menudo afectadas por las restricciones en la comunicación. Se necesita un apoyo significativo para el éxito en situaciones sociales o de interacción.
- **Área Práctica:** El individuo puede cuidar de sus necesidades personales como un adulto entre las que se encuentra: comer, vestirse, mantener la higiene,

aunque requiere de un período extenso de enseñanza y lleva tiempo que la persona logre ser independiente en estas áreas y precisa en ocasiones de tener que recordárselas. De manera similar, se logra la participación en las tareas domésticas en la vida adulta, aunque implique también largo tiempo de aprendizaje y posteriores apoyos para alcanzar un nivel esperado en esa etapa de la vida. Puede conseguir un trabajo independiente en empleos que demanden limitadas habilidades conceptuales y de comunicación, pero es importante el apoyo de los compañeros de trabajo, supervisores y otras personas para conseguir alcanzar las expectativas sociales; en los aspectos complejos de la labor que realiza y las responsabilidades complementarias como programación, transporte, beneficios sanitarios y gestión del dinero. Pueden llevar a cabo una variedad de habilidades recreativas. Estas personas solicitan típicamente ayuda adicional y dispensa de oportunidades de aprendizaje a través de un período extenso de tiempo. La conducta no adaptativa está presente en una minoría causando problemas sociales

En el caso de los discapacitados intelectuales moderados se debe tener en cuenta la satisfacción de desarrollo, que no es más el medio que rodea al individuo y la estimulación que reciba por ser parte de la familia, la escuela y la sociedad para potenciarlo. Es por eso que no se puede generalizar en su diagnóstico (es muy casuístico) cuando existe una estimulación muy favorable estos individuos pueden llegar a tener un funcionamiento en la sociedad como un discapacitado intelectual leve. Sin embargo, si la estimulación falla, su evolución puede ser desfavorable y tener una involución en su desarrollo y llegar a funcionar como un discapacitado intelectual severo. De ahí que se requiere de un análisis individual, sobre la base del validismo social que hayan desarrollado, o en algunos supuestos que ni hayan desplegado a pesar de su potencialidad.

En suma, la valoración de la capacidad de obrar en supuestos de discapacidad intelectual de la etiología que se plantee, dependerá no solo (ni de forma preferente) de la capacidad intelectual -entendida en función del coeficiente intelectual-, sino especialmente de la capacidad adaptativa, concepto este que toma especial relevancia en el en el campo de la capacidad, por cuanto capacidad

adaptativa es un concepto tácitamente implícito en capacidad de obrar²⁹, sobre todo en los casos de discapacidad intelectual leve y moderada en los que la capacidad adaptativa ayuda a diferenciar los supuestos de incapacitación parcial de los de incapacitación total.

Esquizofrenia: Es un trastorno mental de origen aun impreciso que se caracteriza por períodos de psicosis con severa desintegración de la personalidad, factible de manifestarse en forma continua o provocar, al menos, un gradual deterioro de la personalidad del paciente. Su especial malignidad reside, precisamente en ambos aspectos: la gran desorganización que provoca cuando se presenta, y el potencial detrimento de la personalidad que puede ocasionar. El deterioro en estos pacientes se manifiesta –sobre todo- en el ámbito de los intereses y motivaciones del sujeto, provocando afectación y retraimiento de sus relaciones interpersonales y vínculos sociales en general, sin afectación de otras capacidades como la inteligencia, la orientación y la memoria.³⁰ Afortunadamente, no siempre el esquizofrénico deriva en un nivel de deterioro tan grande, que se mantenga de forma estable en un nivel psicótico de funcionamiento.³¹

Como norma en todas las personas -posiblemente hasta en muchos otros psicóticos no esquizofrénicos- el contenido ideativo, la vivencia afectiva y la conducta están vinculados entre sí. Ello determina, por ejemplo, que haya una relación asociativa entre la representación ideativa de una situación de pérdida de algo querido, la correspondiente respuesta afectiva de tristeza o ansiedad, así como la traducción conductual de abatimiento e impaciencia. Incluso, en algunos trastornos psiquiátricos, el sujeto experimenta primariamente un estado afectivo de tristeza o alegría inmotivado; e inclusive en ellos se producirán cambios –en lo

²⁹ Vid. GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y PICÓN MARTÍN, José Marcos. *Los discapacitados y su protección jurídica*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p.81.

³⁰ Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto. *Manual de Psiquiatría Forense*. Ediciones ONBC, La Habana, 2006, pp.287-288.

³¹ A partir de un trastorno específico de debe considerar en que niveles de funcionamiento psicológico pudiera funcionar un sujeto que lo presenta en un momento dado: normal, neurótico (alteran la percepción que el individuo tiene en torno a sí mismo y el grado de aprobación del yo. Más allá de esto, no representan una distorsión del plano real, ni provocan aislamientos importantes de la vida social), psicótico (pueden incluir delirios, fuertes dificultades de carácter afectivo y relacional o alucinaciones. Por lo general estos, están determinados por razones orgánicas relevantes).

cognitivo y en lo conductual- que se corresponden con esos estados de ánimo. En la esquizofrenia se rompe ese lazo, es esa la ruptura que constituye su esencia. En los brotes de psicosis y en las formas continuas se observarán signos que representan una ruptura o dislocación del vínculo entre las distintas esferas del psiquismo del paciente, determinado así peculiares fenómenos cualitativamente especiales (dislocación ideo-afectiva-conativa). Aún en los periodos de remisión³² del trastorno psicótico el paciente puede presentar de forma gradual, una indiferencia afectiva. El esquizofrénico puede en consecuencia presentar signos como los siguientes:

- **Incongruencia ideo-afectiva:** experimentar estados de ánimos opuestos a aquellos que, en una situación similar, provocarían en cualquier ser humano.
- **Ambivalencia afectiva:** experimentar simultáneamente dos afectos opuestos ante una misma situación, persona u objeto.
- **Indiferencia afectiva:** ausencia de respuesta afectiva.

En ocasiones el paciente pierde la sensación de familiaridad con su propio mundo interior y se queja de que le parece que él no es el mismo (despersonalización). Dentro del mismo proceso del pensamiento se encontrarán en el esquizofrénico elementos de desintegración asociativa (metonimia, disgregación, incoherencia), de suerte que en él se conectan conceptos que no guardan vinculación entre sí, o la tiene solo de forma figurada y muy superficial, por lo que al expresar su contenido mental mediante el lenguaje, este resultará una mezcla de palabras incomprensibles en su conjunto, aun cuando conserven un orden gramatical y estén bien pronunciadas cada una de ellas por separado. Se trata de que esto pudiera significar un cambio del significado de los conceptos en la mente esquizofrénica, una pérdida del código mental con la adopción de uno que le es propio, único y distinto al del resto de la humanidad. Ello puede alcanzar niveles donde el esquizofrénico elabora nuevas palabras que solo tienen significado para él (neologismos).

³²Es la Disminución o desaparición de los signos y síntomas de una enfermedad. En el caso de la remisión parcial, algunos signos y síntomas de la enfermedad han desaparecido, pero no todos ellos. En el caso de la remisión completa, todos los signos y síntomas de la enfermedad han desaparecido.

Paralelo a este proceso, el esquizofrénico se va sintiendo más como contenido esencial y único de sí mismo, sus contenidos psicológicos bizarros, unidos al desinterés por el resto del mundo van determinando, que subjetivamente, su mundo sea él mismo y progrese en lo que ha dado en llamarse autismo. Todo esto se ve reforzado por la existencia de signos productivos igualmente favorecedores de una ruptura extrema de la realidad y opuestos a la relación con otros, tales como complejas ideas delirantes que representan el convencimiento absoluto e irreductible de que otras personas o cosas controlan su pensamiento, sus emociones o su conducta y que es perseguido, vigilado y objeto de burlas de los demás, también pueden experimentar alucinaciones de tipo auditivo en forma de la percepción de voces inexistentes. Pueden tener asimismo alucinaciones táctiles, referentes al área sexual, olfativas, del propio movimiento, gustativas y otras, -pero rara vez- visuales.³³

La esquizofrenia como entidad se subdivide en formas clínicas, lo cual no excluye que de una forma se transite a la otra, tampoco que los rasgos que son muy predominantes en una variedad no puedan aparecer en cierto grado en otra, entre las formas clínicas se encuentra la esquizofrenia paranoide, hebefrénica, catatónica, simple y residual. El conocimiento evolutivo de esta patología es importante para su interpretación médico-legal, pues su simple diagnóstico no constituye un estado perpetuo de psicosis. Además de la valoración psicopatológica del enfermo, deben estudiarse las capacidades adaptativas y resulta paso obligado el análisis de los factores de buen/mal pronóstico.

Si estudiamos los requisitos establecidos en la jurisprudencia para estimar la incapacitación, se definen que son aquellas enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma. Por tanto, los requisitos son básicamente: la persistencia (condición de permanencia o continuidad de la alteración física o mental). Solo las enfermedades que producen alteraciones de carácter habitual o permanente -y no las transitorias- pueden

³³ Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto, *op.cit.* pp.290-291.

provocar la incapacitación. El segundo requisito es que el sujeto sea incapaz de gobernarse a sí mismo.³⁴

Para el caso concreto de la psicosis esquizofrénica, podemos afirmar que se cumple el criterio de persistencia, pero no necesariamente el de impedimento de autogobierno-al menos en muchos de los casos- lo que obliga a un estudio de cada caso de manera independiente. En efecto, no puede afirmarse que todos los pacientes afectados por esquizofrenia son incapaces, se requiere de un análisis más riguroso de esta patología a fin de valorar la incapacitación o no de la persona, como acertadamente señala PÉREZ GONZÁLEZ³⁵ cuando refiere la esquizofrenia como una de las enfermedades mentales que frecuentemente constituyen causal de incapacitación, señala que no es en todos los casos de esa enfermedad, sino en los de curso continuo (crónicas)³⁶ entre otras. En la mayoría de los casos es suficiente el control sanitario del paciente, ya que si toma su medicación con regularidad (buena adherencia) y no consume tóxicos, con frecuencia puede hacer una vida muy normalizada.

Los avances científicos de las últimas décadas permiten disponer de recursos terapéuticos efectivos para disminuir los síntomas de la enfermedad y evitar en mayor medida los comportamientos del paciente que interfieren en la convivencia con los demás, favoreciendo significativamente las posibilidades de reinserción social y laboral del mismo, modificando en parte el pronóstico de este trastorno. El desarrollo del concepto de discapacidad de causa psíquica, por su parte, ha permitido dejar de lado el prejuicio existente respecto de la persona con esquizofrenia como alienada y sin contacto alguno con sus afectos y la sociedad que la rodea y destacar que la esquizofrenia es una condición que incapacita de

³⁴Gobernarse por sí mismo significa guiarse o dirigirse en el ejercicio de sus derechos civiles y que viene a constituir presupuesto *sine qua non* para la incapacitación de la persona.

³⁵Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto, *Temas de Medicina Legal para estudiantes de Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, p.189.

³⁶El diagnóstico no puede descansar en la presencia de algunos de los signos de la enfermedad en algún momento, sino de la manifestación estable de todo un conjunto de estos. La evolución de dicho cuadro puede ser:

Continua: el paciente se mantiene con esos trastornos psicóticos de forma permanente.

Episódica: en la que la enfermedad aparece por brotes, de manera que durante ciclos el paciente no está psicótico. No obstante, estos brotes pueden provocar un defecto, estable o progresivo, de la personalidad. En ocasiones, no hay defecto.

un modo variable algunos aspectos de la vida de la persona y que, por lo tanto, es posible establecer estrategias para superar esas limitaciones.

Deterioro Cognitivo Leve: Es un síndrome caracterizado por una alteración adquirida y prolongada de una o varias funciones cognitivas, que no corresponde a un síndrome focal y no cumple los criterios suficientes de gravedad para ser calificada como demencia. Se demostró en estudios que el 70% de las personas que lo padecen evolucionan a una enfermedad de Alzheimer u otro tipo de demencia, en un período de 5 años o lo que es lo mismo a un ritmo de conversión del 12% anual. El diagnóstico se basa en la objetivación del deterioro cognitivo, en el paciente con nivel de conciencia normal, a través de pruebas neuropsicológicas estandarizadas, con puntos de corte apropiados para la edad y el nivel de escolaridad del sujeto, teniendo en cuenta su actividad profesional.³⁷

Demencias: Constituyen una declinación progresiva de las facultades mentales, originada por diversos tipos de lesiones orgánicas del cerebro, con suficiente severidad para que afecte el desenvolvimiento normal del paciente en la sociedad o en la familia, que ocurre en individuos con estado de conciencia e inteligencia previamente normales. Puede ser irreversible y reversible. La demencia es un término descriptivo para un síndrome clínico cuya causa se debe investigar en cada caso.³⁸

De acuerdo con cifras recientes, basadas en revisiones sistemáticas de datos de prevalencia y un consenso de expertos, se calcula que 35 millones de personas sufren de demencia en todo el mundo, 4,6 millones de casos nuevos anualmente. Esta cifra se duplicará cada 20 años, hasta alcanzar los 80 millones de personas con demencias en el año 2040, incremento que será más marcado en las regiones en vías de desarrollo (300%) que en las regiones desarrolladas (100%). El incremento de personas con demencias entre los años 2000 y 2020 será de 120% en América Latina, por lo que sobrepasará el de cualquier otra región del mundo.

³⁷ Vid. LLIBRE RODRÍGUEZ, Juan de Jesús. *Demencias y enfermedad del Alzheimer en la población cubana*. Editorial Científico- Técnica, La Habana, 2008, p.8.

³⁸ Vid. RODRÍGUEZ RIVERA, Luis y LLIBRE RODRÍGUEZ, Juan de J. *Práctica médica en las demencias* Editorial Ciencias Médicas, La Habana, 2010, p.1.

En la actualidad, la cifra de personas con demencias en América Latina se estima en 1,8 millones, alcanzará la cifra de 4,1 millones para el 2020 y de 9,1 millones en el 2040. En Cuba, de acuerdo con el envejecimiento progresivo de la población, existen alrededor de 100 000 personas con enfermedad de Alzheimer u con otro tipo de demencia. Se calcula que esta cifra se duplique para el año 2020.³⁹

Además de la frecuencia de manifestación cada vez mayor de las demencias, se debe hacer énfasis en que sus causas son muy variadas: endocrinas, tumorales, traumáticas, infecciosas, degenerativas, vasculares, nutricionales y tóxicas. Las manifestaciones clínicas de la enfermedad son básicamente trastornos de la memoria, déficit intelectual y del juicio, trastornos de la orientación, aplanamiento afectivo, deterioro de hábitos personales, pérdida del autocontrol, trastornos del lenguaje, trastornos de la marcha, trastornos de la conducta, no hay trastornos de la conciencia, no se percatan de sus propios cambios mentales (pérdida del *insight*).⁴⁰

Un diagnóstico de demencia requiere al menos la existencia de tres criterios:

- deterioro cognitivo (y su declinación desde un nivel previo de funcionamiento) de la memoria y otros dominios cognitivos de la función intelectual,
- la afectación social u ocupacional consecuente, y
- la exclusión de otras causas de deterioro cognitivo tales como psicosis, depresión y estado confusional agudo.

La demencia produce un deterioro generalizado del intelecto, la memoria y la personalidad que, sin afectar la conciencia, disminuye considerablemente la capacidad de juicio de la persona.⁴¹ A diferencia del retraso mental, la demencia es un trastorno adquirido por múltiples causas que, una vez evaluadas, permiten determinar si la misma puede ser tratada de forma total o parcial; lo que determina su reversibilidad o irreversibilidad. Aunque en la mayoría de los casos las

³⁹ Vid. RODRÍGUEZ RIVERA, Luis y LLIBRE RODRÍGUEZ, Juan de J. *op.ult.cit.*, p.18.

⁴⁰ *Idem*, p.23.

⁴¹ Vid. GELDER, M, R. MAYOU, J. GEDDES. *Oxford Psiquiatría*. Segunda edición, Editorial MARBAN,1999. p. 191.

demencias son irreversibles, un pequeño pero importante grupo de casos son reversibles si reciben el tratamiento adecuado en estadios tempranos.

Se denominan por su etiología u origen, es decir, por la enfermedad básica que las causa al afectar el cerebro. Son múltiples los procesos susceptibles de provocar una demencia, de manera ocasional pueden concurrir más de uno en un mismo sujeto. Las principales son demencia por enfermedad de Alzheimer, debida esencialmente, a una degeneración primaria del tejido cerebral, demencia vascular, siendo su variante más frecuente la demencia multiinfarto, la demencia postraumática, producida por el efecto destructivo de un traumatismo sobre el cráneo y el encéfalo, demencia en la infección por VIH-SIDA, que se instaura, generalmente, de forma rápida en el curso de esa enfermedad, demencias por el consumo excesivo y mantenido de alcohol y otras sustancias psicotóxicas que suelen ser el estado psicopatológico final en la evolución de una adicción y otras.⁴²

El deterioro ocasionado por una demencia produce muchas alteraciones, pero no todas son iguales ni implican el mismo grado de discapacidad. Por ejemplo, no es lo mismo padecer pérdida de memoria que perder la capacidad del lenguaje o de la toma de decisiones. De tal forma, una persona con demencia que es capaz de realizar determinadas acciones jurídicas y resulta incapacitada judicialmente de forma global, puede estar viendo vulneradas su dignidad y su libertad.⁴³

El grado de capacidad legal puede ser pensado como existente en un espectro de manera que la capacidad legal suficiente para llevar a cabo ciertos actos puede ser considerado insuficientes para realizar otras. Muchas personas mayores con cierto deterioro cognitivo relacionado con la edad e incluso en casos de demencias incipientes, pueden cuidarse de sí mismas de forma óptima (vestirse, hacer la compra, comer, evitar los peligros, pedir ayuda, tomar su medicación, etc.); son aptos para efectuar contratos cotidianos de baja cuantía (teléfono, agua, luz,

⁴² Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto, *op.ult.cit.*, p.196.

⁴³ Vid. ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique. "Avances y exigencias de la prueba pericial en el proceso de modificación y delimitación de la capacidad de obrar. La capacidad en los trastornos mentales" en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*. Vol. 12, Año 2012, pp.149-179.

agencias de viajes, transportes, servicio doméstico, etc.) y tienen conocimiento y voluntad para adquirir bienes o servicios.⁴⁴

De lo anterior se colige que en los inicios de la enfermedad siempre que no exista un cuadro crónico- la persona mantiene un grado de conciencia tal que le permite conservar su capacidad jurídica, aunque suelen ser consideradas en muchas ocasiones, como el caso prototípico para la incapacitación- en las demencias evolucionadas, habitualmente procede la anulación total de la capacidad- pero puede no estar justificada la incapacitación en personas mayores con un simple deterioro cognitivo relacionado con la edad e inicio de las demencias.

La preferencia actual de muchos peritos, juristas y especialmente de las personas con enfermedad mental así como sus familiares es hacia la incapacitación parcial y constitución de régimen de curatela en la mayoría de los trastornos mentales⁴⁵, salvo las demencias con menoscabo cognitivo evidente, retrasos mentales a partir de moderado, trastornos orgánicos con deterioro severo de la personalidad, esquizofrenia residual o psicosis crónicas muy descompensadas, con mala conciencia de enfermedad y adherencia a los tratamientos. De lo que se concluye que en los trastornos mentales que se han analizado en este epígrafe en la mayoría de los casos el régimen de capacidad restringida resulta el cauce idóneo para los sujetos en los que aún hay un nivel de autonomía que les permite intervenir y desenvolverse en la vida jurídica, si bien no se puede generalizar porque su diagnóstico es muy casuístico depende de cómo se presenten los síntomas en cada individuo de forma independiente. Es necesario hacer un esfuerzo porque la conservación de la iniciativa en la toma de decisiones y la salvaguarda de áreas de competencia total, supone un grado menor de agresión a la personalidad y estigmatización, muy bien visto actualmente a la luz de la Convención de la ONU de los derechos de personas con discapacidad.⁴⁶

⁴⁴ *Idem*, p.157.

⁴⁵ Esto ocurre en la mayoría de los países que han regulado esta institución de forma acertada y que constituyen prototipos a seguir. No es el caso de Cuba que, aunque la contempla en su legislación civil no cuenta con el procedimiento para hacerla efectiva.

⁴⁶ *Vid.* ESPEC RODRÍGUEZ, Enrique, *op.cit*, p.171.

1.2.3- Capacidad de obrar restringida por padecimiento de enfermedad mental: simbiosis médico- jurídica.

La capacidad, como muchas otras instituciones jurídicas, ha sufrido cambios en su consideración tanto por la sociedad, como por el tratamiento que implica para los individuos. La posibilidad de que una persona como sujeto de derecho actúe personalmente de forma activa en una relación jurídica es cada vez más amplia, dadas las posibilidades de acción que se les ha brindado en la jurisprudencia y en varias legislaciones foráneas a personas que se encuentran en un grado intermedio de capacidad.

El hombre, como centro del Derecho Civil, no siempre posee una plena madurez para conducirse libre y racionalmente. En la vida social pueden darse supuestos que, sin despojar totalmente al individuo de la posibilidad de ejercitar sus derechos y concluir actos jurídicos eficaces, restrinjan su actuación.⁴⁷ La capacidad para actuar *per se* puede verse afectada en algunos supuestos por el padecimiento de un trastorno mental que produzca en el sujeto una limitación de la facultad de discernimiento.⁴⁸ El efecto que otorga generalmente el ordenamiento jurídico ante tal situación de *facto* es la privación de la capacidad jurídica. No obstante, existe la posibilidad de que dicha desaparición de conciencia no sea total ni absoluta.

No por ser mentalmente insuficientes quienes son personas dejan de serlo, sino por el contrario, requieren de especiales formas de control y protección. Estas pueden representar la pérdida de algunos derechos y deberes, cuyo ejercicio precisa de integridad y madurez psicológica, pero también constituyen la adquisición de especiales derechos protectivos, los que a su vez devienen obligaciones para otras personas que son judicialmente seleccionadas,

⁴⁷ Las personas con capacidad restringida, por razón de enfermedad o retraso mental, no tienen en la legislación patria el cauce para instrumentar su posición en el derecho, al no existir un procedimiento que regule esta institución, por lo que recae sobre ellos la declaración judicial de incapacidad o, en su defecto, al no ser sujetos de incapacidad absoluta, no quedarán declarados como tal, cuando para algunos actos sí lo son. Al respecto *Vid. Infrall.2.3*

⁴⁸ *Vid. supra. 1.1.2.2.*

nombradas y posteriormente controladas para custodiar al mentalmente insuficiente en el ámbito personal y patrimonial.⁴⁹

La capacidad de obrar restringida se corporifica de forma disímil en cada caso, dependiendo de las específicas condiciones o circunstancias de la persona en que concurre, por razón de enfermedad o trastorno mental. Refleja una posición intermedia entre la capacidad plena y la total incapacidad, en tanto la persona se distancia de ambos supuestos y, por ende, se mueve en un ámbito de actuación limitado, al no alcanzar realizar con eficacia todos los actos que permite la norma sustantiva y-como lógica consecuencia- requiere de debida asistencia para complementar su actuación.

Como acertadamente afirma PÉREZ GALLARDO⁵⁰, la capacidad restringida reconoce la realidad, ya que sin temor al error, habrá que decir que determinado sector de la sociedad, sin llegar a reunir los requisitos de incapacidad, no funcionan a plenitud, ya sea por la edad o por otra clase de afectación. Lo cierto es que están en el medio, y por ese motivo, requieren de un tratamiento jurídico diferenciado que les reconozca la posibilidad de actuar, estableciendo los límites para ello.

El reconocimiento de esta posibilidad permite además que un hecho de marcada trascendencia, como la total incapacitación -que se traduce además en la muerte civil de la persona- no sea el cauce idóneo para los supuestos de trastornos mentales que se puedan considerar en la categoría de leves y moderados donde aún no existe en la persona una causa para la absoluta incapacitación, por lo que no resulta necesario privar al sujeto del ejercicio de sus derechos -con el consecuente detrimento de su personalidad y el riesgo de franquear el margen para la comisión de actos arbitrarios que afecten la esfera jurídica que ello implica. El derecho como sistema normativo tiene la obligación proteger al hombre, en tanto sujeto de derecho, por lo que el ordenamiento jurídico debe dotar al ser humano de las herramientas necesarias para que no se encuentre en una posición de desventaja ante la sociedad.

⁴⁹ Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto, *op.cit*, p.109.

⁵⁰ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo, *op.cit*, p.316.

Al decir de VALDÉS DÍAZ, "(...) la incapacidad sólo debería aplicarse en los casos en que totalmente el sujeto está privado de la razón, mientras que si mantiene cierta capacidad por afectar la enfermedad de modo menos grave a la persona, sería válido aplicar las reglas de la capacidad restringida."⁵¹

Los sujetos que se encuentran en estos supuestos podrán por sí mismos ejercitar correctamente los derechos que les asiste como seres humanos y cumplir las correlativas obligaciones que pueden exigírseles con motivo de su participación en determinadas y concretas relaciones jurídicas dentro de la sociedad. Para eso, se podrá hacer uso de una enumeración taxativa de los casos, lo que excluye la posibilidad de someter a dicho régimen a quien no esté previamente enumerado o la utilización de una fórmula general que permita la inclusión de quienes reúnan los requisitos que esta contempla, y, por consiguiente, va a precisar de cierta uniformidad en su utilización posterior. La validez de los actos que se realice por estos sujetos va a depender de su inclusión en su esfera de actuación o de si los realiza con el debido complemento a la capacidad.⁵²

La valoración de la existencia o no de capacidad restringida en sujetos que padezcan enfermedades mentales no solo es facultad del juez, sino que rige un criterio mixto o médico- jurídico. El médico tiene la función de hacer una evaluación clínica del paciente para desenvolverse en ciertas áreas, emitir un juicio clínico de sobre la capacidad del mismo, pero el cambio del *status* legal es cuestión reservada al juez. Así, pues, no es solamente atendida por el Derecho, pues las Ciencias Médicas son las encargadas de diagnosticar con mayor precisión la evolución y persistencia de aquellas. Resulta a tales efectos un apoyo vital el empleo de las técnicas, métodos y del saber en sentido general de la Psiquiatría Forense.

⁵¹ Vid. VALDÉS DÍAZ Caridad del Carmen. "La capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad (II)". *Justicia y Derecho revista del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba*, Año 9, No. 16, junio de 2011, pp. 50-51.

⁵² Como el ordenamiento jurídico patrio no prevé la gradación de la capacidad, deviene obvio que tampoco reconoce cómo instrumentar su asistencia mediante pertinente medida de apoyo, ni las pautas de obligada atención por el juzgador, para determinar cuáles actos la persona podrá materializar por sí con eficacia y cuáles no.

1.2.4- La psiquiatría forense y el dictamen pericial como medio para determinar la existencia de capacidad restringida.

Para que un sujeto pueda ser declarado en régimen de capacidad restringida el Derecho debe auxiliarse de las ciencias médicas con el objetivo de determinar con mayor precisión la presencia de una enfermedad o trastorno mental y la evolución y persistencia de las mismas. Es por ello que el papel de la psiquiatría forense en el Derecho Civil resulta de vital apoyo en los procesos de declaración de incapacidad total o parcial.

La psiquiatría forense comprende la aplicación del conocimiento médico y sus ciencias auxiliares a la investigación y desenvolvimiento de la justicia social, estudiando las enfermedades mentales y a los que la padecen, el punto de contacto más importante lo constituye el peritaje psiquiátrico que intenta esclarecer, a través de un conjunto de pruebas, el estado mental de un sujeto determinado, aportando elementos científicos concretos sobre fenómenos psíquicos y la determinación de la gravedad y duración de la enfermedad. Ha sido definida por LANCÍS, citado a su vez por PÉREZ GONZÁLEZ, como: *“la rama de la Medicina Legal que estudia las cuestiones legales que surgen como consecuencia de los diversos estados de anormalidad psíquica”*.⁵³

Las peritaciones sobre asuntos de incapacitación resultan extremadamente difíciles, ya que se trata de valoraciones prospectivas o de pronóstico, es decir, que el perito⁵⁴ se enfrenta a la tarea de asesorar sobre la aptitud de la persona para enfrentarse a cualquier hipotético acto o negocio jurídico en la actualidad y en el futuro.⁵⁵

Valorar el grado de incapacidad mental de un sujeto a través de un dictamen forma parte de las actuaciones médico-legales que más requieren los operadores del Derecho en la materia civil por parte de las ciencias médicas. Este documento

⁵³ Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto, *op.cit.*, p.157.

⁵⁴ El perito es la persona que posee especiales conocimientos en la materia y cuyo concurso es requerido para ilustrar y asesorar a los jueces fundamentalmente, haciéndose extensiva su intervención además en la comprobación de la capacidad del otorgante para aquellos actos jurídicos o de relevancia jurídica que se pretendan dilucidar ante notario.

⁵⁵ Vid. *infra* II.2.4.2.

de carácter legal expresará si el sujeto es capaz o no para regir su persona y administrar sus bienes y precisamente de su contenido dependerá en buena medida la apreciación del tribunal sobre cuya base se decida la incapacitación o declaración de capacidad restringida del sujeto.

Debido a los efectos que se derivan en el ámbito jurídico y personal para el sujeto, existen determinados presupuestos indispensables para la admisión como prueba en cualquier proceso del dictamen pericial, y que inducen a determinar su fiabilidad entre los que se encuentra: la imparcialidad del perito, pues debe primar solo el interés de la recta administración de justicia, lo que se traduce en la obligación del perito de no incurrir en causas de inhabilidad, no debe ser parte en el proceso, no debe tener intereses opuestos a los del examinado ni guardar con las partes relación alguna de consanguinidad o afinidad u otros similares; la debida titulación del actuante como perito -la que responde, sobre todo, a una práctica confiable y científica en el ejercicio de la profesión- y la fiabilidad objetiva del dictamen, lograda a través de la emisión de un documento que se ciña al objeto para el que fue solicitado, siendo específico y concreto en su contenido. Deberá basarse en hechos suficientemente probados, la metodología utilizada y los presupuestos teóricos a emplear deberán estar admitidos por el resto de la comunidad científica, deberá poseer un lenguaje comprensible y las conclusiones habrán de ser claras y firmes.

La pericia psiquiátrica forense es la piedra angular psico-jurídica de la defensa de la persona que presenta una enfermedad mental, al constituir el único recurso válido para alegar con fundamento y tratar de determinar su capacidad restringida, de modo que las deficiencias mentales que presenta el sujeto no sean asociadas sin mayor análisis a causas de incapacidad jurídica, errónea consideración cuyas consecuencias trascienden a una esfera esencial del ser humano, inherente a su propia dignidad: la manifestación práctica de su personalidad.

En los últimos años, ha evolucionado la valoración acerca de las personas con discapacidades psíquicas, por lo que a la par debe también modificar la valoración pericial y judicial con respecto a estas personas cuando de incapacitación se trate.

Se ha de profundizar en el examen forense, valorar las potencialidades de la persona, su funcionamiento en múltiples áreas, la motivación y adherencia a tratamientos y en las personas mayores o con demencia, las aptitudes restantes en relación a sus necesidades. Se ha de pasar en los últimos tiempos de una dicotomía «capaz» - «incapaz» a una incapacitación diferencial con deslindamiento de cada competencia y proponiendo los apoyos específicos que necesita cada persona.

1.3- La esencia del debate como premisa para formular soluciones.

La capacidad de obrar, vinculada a la aptitud para el ejercicio de los derechos y la realización de actos jurídicos eficaces, no se presenta de forma uniforme en todas las personas. Para poseerla plenamente, es necesario estar dotado de cabal juicio, de entendimiento suficiente en cuanto a los efectos que producirá el actuar y de posibilidades de expresar la voluntad de manera inequívoca. Tal aptitud se presume en las personas que, con la edad determinada, han alcanzado madurez, siempre que esta no se encuentre afectada por enfermedad física o mental, situación que deberá probarse legalmente.

Pero las afectaciones a su capacidad natural de querer y entender no se manifiestan de igual modo ni en el mismo grado en todos los individuos; por ello se distingue entre la capacidad restringida que se atribuye a sujetos en situación intermedia, de acuerdo con sus cualidades personales, y la incapacidad, situación mucho más limitativa del actuar de la persona, ante la imposibilidad que manifiesta de regir su persona y sus bienes. Frente a estas dos situaciones jurídicas diferentes, debe también establecerse un diferente modo de protección, que es, en última instancia, la *ratio essendi* del régimen de capacidad restringida que hoy se extiende en los sistemas de Derecho. La falta de una plena capacidad de obrar no genera siempre igual respuesta jurídica, pero la solución normativa que se adopte sí deberá siempre estar encaminada a la protección de los intereses y derechos de quienes la sufren.

Con respecto a las características cíclicas de la enfermedad, también es contraproducente la declaración de una total incapacitación, si se tienen argumentos científicos de que, pasada la etapa activa de la enfermedad, o cuando esta se desarrolle en estadios leves o moderados -como es el caso de la discapacidad intelectual- la persona puede nuevamente regir su conducta y sus bienes, y la constitución de una incapacidad lo sustraería injustamente de la vida jurídica, haciéndolo depender de otra persona en todos sus actos. Estas situaciones, en algunas ocasiones, no encuentran salida efectiva en la legislación cubana actual, ante la formulación poco eficiente y la ausencia del procedimiento para llevarla a efecto y, tratándose de tan trascendente pronunciamiento a la vida del presunto incapaz, los órganos jurisdiccionales se abstienen de declarar la incapacitación total con sus invariables y definitivas consecuencias, por solo haber constatado limitaciones en la capacidad de ejercicio, sin trascendencia al autogobierno.

Capítulo II: El entorno jurídico-legal cubano actual de sujeto con capacidad restringida. Especial referencia al ámbito notarial.

2.1- Regulación sustantiva de la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico cubano.

La legislación civil cubana reconoce en su artículo 28 que la capacidad es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones⁵⁶, vista dentro de una relación jurídica precisa, y coincidente con el 24 admite la adquisición de dicha aptitud desde el nacimiento del sujeto⁵⁷. Dentro del propio precepto se observa la intención de diferenciar capacidad jurídica de capacidad de ejercicio, de tal suerte que habla de ellas en los apartados primero y segundo y a la última dedica además los artículos del 29 al 32, de su Sección Segunda “Ejercicio de la capacidad jurídica civil”, que enmarca en el Capítulo “Personas Naturales”, del Título II “Sujetos de la Relación Jurídica” de su Libro Primero “Relación Jurídica”, donde encuentra un mayor pero no completo desarrollo.

La capacidad de ejercicio está regulada en el artículo 29 del mentado cuerpo legal⁵⁸, si bien es cierto que no está precedido por una distinción teórica entre capacidad de derecho y capacidad de obrar, es obvio que se refiere a la segunda, también conocida como capacidad de acción, por cuanto esa modalidad de la genérica capacidad es la que se vincula al ejercicio de los derechos y a la realización de actos jurídicos eficaces. Indudablemente la capacidad de derecho es presupuesto ineludible para su existencia, pues para poder ejercitar un derecho es necesaria su previa titularidad, pero a diferencia de la capacidad de goce o adquisición de los derechos, establecida en el artículo 28.1, la capacidad de ejercicio no se reconoce por igual a todas las personas, por el solo hecho de ser

⁵⁶ V. gr. Cfr. Artículo 28.1 del Código Civil Cubano de 1987.

⁵⁷ Este artículo 24, el cual se refiere a la personalidad, especifica que, en el caso de la persona natural o física, comienza con el nacimiento, haciendo la salvedad oportuna de que al *nasciturus* o concebido no nacido se le tendrá por nacido a todos los efectos que les sean favorables, a condición de que nazca vivo. Al respecto V. gr. Cfr. Artículo 24 del Código Civil Cubano de 1987.

⁵⁸ V. gr. Cfr. Artículo 29 del Código Civil Cubano de 1987.

tales, sino que se vincula a ciertos requisitos intrínsecos al individuo⁵⁹ que marcan jurídicamente su posibilidad de válida y eficaz actuación en relaciones jurídicas concretas, específicas, determinadas, situación que en el Código Civil Cubano se regula de forma clara y precisa al establecer que la plena capacidad de obrar se adquiere en razón de arribar a la mayoría de edad a los 18 años y por matrimonio del menor⁶⁰, aunque en el mismo se establece también que la ley puede establecer otras edades para realizar determinados actos.

⁵⁹A su vez la legislación civil foránea parece unánime al considerar como requisitos para alcanzar la plena capacidad de obrar la mayoría de edad (aunque no en todos los países se establece la misma a los 18 años cumplidos) y que el sujeto no haya sido declarado judicialmente incapaz. Al respecto *V. gr. Cfr.* Artículo 36 Ley No. 1.183, Código Civil de Paraguay que establece que la capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer uno por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este Código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido veinte años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente. *Cfr.* Artículo 42 del Código Civil de Perú según el cual tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44 los que hacen referencia a la incapacidad y capacidad restringida. *Cfr.* Artículo 23 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, aprobado por ley 26.994 y promulgado según decreto 1795/2014, el cual establece que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en ese Código y en una sentencia judicial. En el artículo precedente regula que son incapaces la persona por nacer, la persona que no cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente y la persona declarada judicialmente incapaz. Y el artículo 27 concerniente a la emancipación determina que la celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad, la persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en ese Código. De un razonamiento de los preceptos mencionados de este cuerpo normativo se deduce que los requisitos para la plena capacidad de acción son: el arribar a la mayoría de edad, siempre que el sujeto no haya sido declarado judicialmente incapaz y por emancipación (esto ocurre por celebración del matrimonio antes de los 18 años de edad). *Cfr.* Artículo 24 del Código Civil Federal mexicano, ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928 que regula: el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley En el artículo 450 establece las causales de incapacidad que privan al sujeto de poder ejercitar sus derechos, las mismas son en correspondencia con lo que preceptúa este artículo: la minoría de edad y los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia. *Cfr.* Artículo 18 del Código Civil de Venezuela publicado en Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982 dispone que es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho (18) años. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales.

⁶⁰*V. gr. Cfr.* Artículo 29.1 a) y b) del Código Civil Cubano de 1987. En este último supuesto, debe tomarse en consideración que las hembras mayores de catorce años y los varones que sobrepasen los dieciséis, pueden formalizar matrimonio siempre que cuenten con la autorización que prevé el del Código de Familia cubano. *Cfr.* artículo 3, párrafo 2, Ley No. 1289, Código de Familia y, una vez celebrado aquél, adquieren la plena capacidad, situación en la que permanecen aun cuando el vínculo se extinga antes de que los cónyuges arriben a los dieciocho años de edad; la capacidad de obrar se adquiere totalmente, sin que se requiera en lo sucesivo autorización de los padres o del tutor para el ejercicio de algún derecho o la realización de algún acto.

De lo regulado en el mentado cuerpo normativo se deduce entonces que automáticamente al alcanzar los 18 años ya adquiere la persona plena capacidad jurídica, estando sujeta dicha adquisición a la prueba en contrario, es decir, a la demostración de la incapacidad en razón de la carencia de las debidas facultades mentales que permiten el entendimiento y la voluntad indispensables para el ejercicio válido de dicha aptitud.

Siguiendo esta línea puede afirmarse que las diferentes regulaciones establecidas para su real ejercicio evidencian que la misma puede ser susceptible de restricciones pudiendo ampliarse, restringirse o privarse de manera absoluta, a diferencia del carácter esencial que ostenta la capacidad de derecho.⁶¹ Al respecto se pronuncian los preceptos del 29 al 31 del Código Civil, reflejando de manera general que la diferencia de cada sujeto en cuanto al disfrute de su inteligencia y el goce de su voluntad dan lugar a las limitaciones a las que puede estar sujeta la capacidad. Dichos preceptos muestran el carácter variable de la capacidad de goce, al estar sometida a requisitos como la edad y la salud física y mental, elementos estos no siempre concomitantes con la persona física, lo que da lugar a su vez a la gradación de la capacidad en función de la concurrencia o no de dichos requisitos en los sujetos de derecho.

2.1.1- Análisis del ejercicio de la capacidad de obrar restringida desde la óptica de la norma civil cubana y legislaciones foráneas.

La institución que se trata encuentra tutela desde las primeras codificaciones europeas, como en los códigos prusiano y austríaco. El primero se inspiró en los derechos emergentes de la razón y en el perfeccionamiento del hombre, desde la perspectiva del *ius naturalismo*. El segundo se erigió desde la obra del ilustre filósofo Emmanuel KANT, quien cuestionaba la posibilidad de las ciencias naturales y enseñó que la causa no está en el objeto, sino en el sujeto, por lo que su

⁶¹Ello da lugar a tres situaciones: plena capacidad, capacidad restringida y carencia total de capacidad. Al respecto *Vid.* DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa. "La persona individual", en VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen. (coordinadora), *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p.107.

comprensión jurídica se volcaba hacia este y afirmó que en todo hombre se encuentra la aptitud para ser persona.⁶²

Así, el Código de Napoleón de 1804 trataba a la persona en su Libro primero, asegurando la primacía de la persona, con expresa prohibición de cualquier ataque a su dignidad, realzando como garantía el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida. El Código civil de Alemania (en alemán, *Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB), promulgado en 1896, la regulaba en la parte general, otorgando protección a la persona física y a la persona jurídica.

Así mismo protege esta institución la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶³, de la que Cuba es signataria, que sienta como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente, entendiendo como tales 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.⁶⁴

⁶² Vid. CIURO CALDANI, Miguel Ángel: “El Código civil austríaco y el Código civil argentino”, en *Revista del Centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social*, 2005, disponible en www.centrodefilosofia.org.er/investigacionydocencia43htm. Consultado el 4 de abril de 2016.

⁶³ Asamblea General de la ONU: *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo*, aprobada el 13 de diciembre de 2006.

⁶⁴ La Convención de los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por Cuba en el 2007, supone un cambio de paradigmas en la manera en que debe entenderse el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Y a pesar de que el artículo 20 del Código Civil cubano regula que “*Si un acuerdo o un tratado internacional del que Cuba sea parte establece reglas diferentes a las expresadas en los artículos anteriores o no contenida en ellos, se aplican las reglas de dicho acuerdo o tratado*”, razón por la cual tendrá preeminencia la norma internacional sobre la interna y que ha llevado a la doctrina patria a expresar que en dicho precepto “se establece una solución a los supuestos en que se produzca alguna contradicción entre el tratado y la norma interna, disponiendo que, en el caso de que la solución dada por el tratado sea diferente a la prevista en la norma interna, resultará de aplicación la regla que en su caso establezca dicho acuerdo o tratado; por tanto, el tratado se incorpora a la legislación del Estado alcanzando igual valor que la ley e incluso superándola en determinados supuestos”, no obstante, no hay una validación de lo reconocido en el artículo 12.4 de la citada Convención, en el sentido de que “en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas” a tono con el respeto de “... *los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente*

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.⁶⁵ 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 varias de ellas o de casi todas las que son comunes al resto de sus congéneres.⁶⁶ Pero tal discapacidad natural, por supuesto, no afecta la capacidad jurídica *per se*, porque no niega la condición de persona de del individuo afectado, que tiene personalidad y puede ser sujeto de derechos y obligaciones desde su nacimiento y hasta su muerte, aunque en algunos casos puedan conllevar a una limitación en el ejercicio de tales derechos o en la realización de actos jurídicos.⁶⁷

e imparcial”, a la vez que sean “*proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*”. Ello a muy lamentar no se refleja en los autos judiciales de incapacitación ni tampoco en las sentencias del Tribunal Supremo, el cual sigue aferrado a una concepción rígida del ejercicio de la capacidad jurídica, de manera que se entiende “*que la integridad mental por ser atributo normal del ser humano se presume en toda persona que no haya sido previamente declarada incapacitada por tribunal competente*” (Sentencias Nos. 285 de 7 de octubre del 2009, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez, 43 de 26 de febrero del 2010, único Considerando, ponente Arredondo Suárez, 113 de 30 de abril del 2010, primer Considerando, ponente Arredondo Suárez), lo cual nos permite colegir que para el Alto Foro la declaración judicial de incapacitación cercena toda integridad mental del sujeto, que carecería de cualquier posibilidad de actuación *per se*. Se tiene la percepción de que la recuperación del ejercicio de la capacidad es sumamente excepcional, no opera una revisión periódica, ni se restringe el ejercicio de la capacidad de manera temporal.

⁶⁵ 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.

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.

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.

⁶⁶ En esta obra se hace referencia a la discapacidad asociada a una enfermedad mental. Al respecto, *Vid. supra* 1.2. Solo se aclara este término al ser el más utilizado en la doctrina por ser más abarcador ya no incluye solamente a las enfermedades mentales y es preciso referirse a ella ya que engloba el tema objeto de esta investigación.

⁶⁷ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo (director). *et al. Comentarios al Código Civil Cubano*, Editorial Universitaria Félix Varela, La Habana, 2013, p.502.

Tanto las causas como las consecuencias de la discapacidad varían en todo el mundo, tales variaciones van a obedecer al contexto cultural que converge en cada región y también de las características socioeconómicas que presentan los diversos sectores del mundo. Las discapacidades asociadas a una enfermedad de tipo mental constituyen el escenario en el que se enfoca la presente investigación cuando de manera directa inciden en su cabal juicio o no le permiten expresar su voluntad sin posibles equívocos. Si la discapacidad del sujeto está asociada a ella tendrá restringida su capacidad de obrar, pero solo en esos casos, pues la regla general es la presunción de plena capacidad⁶⁸, si bien tales enfermedades pueden dar lugar a incapacidades especiales para los actos específicos que requieren la particular aptitud que fue afectada o privada a la persona por su mal.⁶⁹

Como asevera VALDÉS DÍAZ⁷⁰, en materia jurídica esencialmente en sede de Derecho Civil las nociones de capacidad y discapacidad no tienen por qué verse como contrarios, la falta de aptitud mental no necesariamente conlleva a la total incapacidad, que solo tendrá efecto cuando se pruebe que priva al sujeto de la facultad de regir su persona y bienes expresando su voluntad adecuadamente, pues de lo contrario no tendría esta significado jurídico: *voluntas in mente retentant voluntas non est*.

La capacidad restringida tiene su tratamiento en el Código Civil cubano⁷¹, el cual es demasiado parco, padeciendo de una imprecisa regulación en cuanto al tema.

⁶⁸ Vid. *supra* 2.1.

⁶⁹ Vid. ALBALADEJO, Manuel, *op.cit.*, p. 151 y ss.

⁷⁰ Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *op.cit.*, p.351.

⁷¹ El Código civil español de 1888, extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889, regulaba el derecho de las personas, distinguiendo entre las naturales y las jurídicas, con referencia a la personalidad civil, su inicio y extinción, sin entrar en definiciones relacionadas con la capacidad. El referido Código (predecesor hasta 1987 del que ahora rige en Cuba), la contemplaba inmersa en la personalidad, no como un atributo de esta, en sus dos acepciones, la capacidad de derecho y la capacidad de hecho o de obrar y, en sentido alguno, lo relativo a causales de restricción de la capacidad. Los anteproyectos del Código civil cubano (CC) de 1985 y 1986, también contemplaban los sujetos incapaces para actuar con carácter absoluto, haciendo básica distinción entre aquellos judicialmente declarados como tal, al tiempo que hacen referencia a la incapacidad relativa, disponiendo que el imposibilitado de actuar jurídicamente por sí mismo, debería estar representado por sus padres, el tutor o el fiscal, todo ello de conformidad con lo que se pretendía estipular en agosto de 1979. En ellos, ya se definía con mayor precisión lo relativo a la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y, al unísono, se realizó expresa referencia a la capacidad de obrar y a la restringida, introduciéndose el término del ejercicio de la capacidad jurídica civil, en coherencia con la doctrina moderna hispanoamericana. Es así que llega al actual

Se regulan en este cuerpo normativo los supuestos en los que efectivamente esta capacidad de obrar está limitada en razón de la edad y enfermedad⁷², y se expresa a su vez que tienen capacidad restringida para realizar actos jurídicos: los menores de edad que han cumplido 10 años de edad (limitando la actuación de los mismos a la disposición del estipendio y del salario al alcanzar la edad laboral); los enfermos mentales que no estén totalmente privados de discernimiento y los que por impedimento físico no puedan expresarse de forma inequívoca.⁷³

Resulta loable que el legislador cubano se hiciera eco de las modernas voces doctrinales que clamaban por la regulación de este régimen especial. Sin bien logró regular un período intermedio entre la incapacidad y la plena capacidad, la formula genérica que utiliza lo hace con contornos muy limitados, ya que establece la norma en análisis solo la posibilidad de realizar los actos jurídicos que se precisen para satisfacer las necesidades normales de la vida diaria.⁷⁴ Esta testante no está de acuerdo con la redacción de este precepto, ya que resulta ambiguo y podría estar sujeto a disímiles interpretaciones el distinguir cuáles son estos actos y los parámetros para determinarlos como tales, por lo que habría que deducir tal condición de un razonamiento aplicado a cada caso concreto, lo que conlleva al riesgo de caer en apreciaciones subjetivas, y aplicaciones erróneas.

De lo expuesto con anterioridad conlleva por otra parte a la interrogante de saber entonces cómo podrán intervenir estos sujetos en actos jurídicos que excedan el

CC de 1987 la institución de la capacidad, en su doble carácter, cuya regulación no pocas vicisitudes acarrea para su interpretación y consecuente aplicación por los operadores del Derecho.

⁷² V. gr. Cfr. Artículo 30 de la Ley 59 de 1987, Código Civil Cubano.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Vid. SÁNCHEZ BERGARA, Sheila, "Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifacitio activa", *Trabajo de Diploma*, bajo la dirección de Leonardo PÉREZ GALLARDO, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, 2005, p.97(en biblioteca de la Facultad de Derecho) Sostiene que " Una aproximación que aclare el contenido de este precepto debe incluir actos tan elementales como la alimentación, la higiene y el vestido que son comunes para todas las personas y de ejecución diaria. Sin embargo, las necesidades no siempre son las mismas para todos los grupos poblacionales, así habrá quien dependa para su manutención de la atención y administración de que realice de determinados bienes de los que es titular. Por tal motivo, la interpretación que se haga, no debe excluir actos de administración y/o disposición. Por cuanto de esto dependan los ingresos de quienes figuran bajo este régimen". En este mismo sentido se expresa VALDÉS DÍAZ, cuando asevera que "(...) los 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". Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *op.cit.*, p.360.

ámbito de la simple satisfacción de las necesidades de la vida diaria.⁷⁵ Estos supuestos de capacidad de obrar restringida generan dificultades prácticas en su interpretación y aplicación a casos concretos, devenidas de las posibles variantes que pueden acontecer en la realidad social y que escapan de las situaciones positivadas en la norma.

La enfermedad o retraso mental que padecen las personas a que se refiere el inciso b) del artículo 30 no ha sido definida por el legislador, se precisa por tanto clarificar qué afectación psíquica del individuo puede mermar su discernimiento o cabal juicio solo parcialmente, sin privarlo absolutamente de tal, para luego limitar en el grado que corresponda la capacidad de obrar.⁷⁶ Los aplicadores del Derecho, tendrán que auxiliarse de los dictámenes periciales correspondientes en el proceso promovido a los fines de restringir la capacidad de obrar del sujeto. Empero, es atinada la inclusión de estos casos en el régimen de capacidad restringida, aunque se advierte que pudieran estar privados de actos para los que son realmente capaces, requiriéndose un reajuste de la esfera de actuación de que dispondrán.⁷⁷

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 mental son, efectivamente, personas diferentes; pero esas diferencias

⁷⁵No existe en el orden adjetivo cubano 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 el 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.

⁷⁶Las más comunes afectaciones han sido abordadas en esta investigación, y se hace especial referencia a las enfermedades mentales que pueden originar capacidad restringida. Al respecto *Vid. Supra* 1.2.2.

⁷⁷Si la persona afectada por un trastorno psíquico- mental no ha sido declarada judicialmente incapacitada, ni se le ha restringido por esa vía su capacidad de obrar, la presunción es *pro capacite*. Sin embargo, en los actos que pretenda realizar ante notario, este debe emitir juicio sobre su capacidad y apreciar si reúne los requisitos necesarios de juicio o discernimiento para comprender el significado del acto y sus consecuencias. No obstante, como el juicio notarial no es infalible, la dación de fe que contiene el instrumento notarial no afecta *per se* a la capacidad, pues esta apreciación solo corresponde a una valoración subjetiva del notario. El enjuiciamiento de la capacidad de obrar presupone una calificación jurídica, que se acompaña de las pruebas de rigor, mientras que el juicio notarial de capacidad toma como base esencial la capacidad natural del sujeto respecto al acto concreto que vaya a realizar.

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.⁷⁸

Una persona con discapacidades físicas, psíquica o sensorial puede ejercitar *per se* sus derechos personales y de familia, 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.

Lo más acertado sería que lo regulado en la norma civil sustantiva se corresponda con la realidad cubana y sus condiciones actuales y que se ajuste a las más modernas corrientes doctrinales y a los avances logrados por las ciencias médicas en el tratamiento de específicos tipos de patologías asociadas con afectaciones psíquicas o mentales (que en el año 1987, cuando entró en vigor el Código Civil Cubano, no existían) evidenciadas en otros Códigos Civiles foráneos de vanguardia.⁷⁹ La realidad de la legislación patria nos lleva al hecho de que la

⁷⁸VALDÉS DÍAZ, Caridad Del Carmen. *op.cit.*, p.35.

⁷⁹Argentina constituye uno de los países que de forma vanguardista ha regulado esta institución. V. *gr. Cfr.* Artículo 31 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece las reglas generales que regulan la capacidad restringida. *Cfr.* artículo 32 de mentado cuerpo legal el cual norma cuándo un sujeto esta en régimen de capacidad restringida al establecer que: el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. *Cfr.* artículo 38 el cual dispone el alcance de la sentencia, la misma, debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación. Este reciente Código Civil puede considerarse de avanzada en cuanto a la regulación del tema que nos ocupa al establecer un esquema de categorías amplio y flexible que permite dar un tratamiento más adecuado a las diversas situaciones que plantea la realidad, adaptado a los reclamos de la doctrina jurídica, sobre la base de los avances más recientes de las ciencias de la salud debido al hecho de que la incapacidad absoluta de obrar choca manifiestamente, con las nuevas posibilidades de la psiquiatría y las nuevas posibilidades de los tratamientos. El Código Civil de la República del Perú, promulgado por Decreto Legislativo Nº 295/1984 de 24 de junio, en

problemática de la capacidad de obrar se simplifica a los extremos en los que se coloca al individuo en una situación en la que o es plenamente capaz o totalmente incapaz, suprimiendo de manera arbitraria la capacidad limitada, cual si no existiera. Es la propia legislación civil la que debe nombrar cuáles son los otros

vigor desde el 14 de noviembre de 1984 también regula esta modalidad de capacidad de obra restableciendo que son relativamente incapaces: los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los pródigos, los que incurrir en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos, los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil (artículo 44). *Cfr.* artículo 38 del Código Civil de Paraguay, Ley n° 1.183 de 1985, que establece que tienen incapacidad de hecho relativa, los menores que hayan cumplido catorce años de edad y las personas inhabilitadas judicialmente. El Código Civil de la República de Nicaragua sancionado el 27 de enero de 1867 solo determina que tienen incapacidad relativa los menores adultos (se alcanza de los 14 a los 21 años de edad) que no han obtenido la declaración de mayores, y los que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo, por sentencia ejecutoriada. Sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes, *V. gr.* *Cfr.* artículo 2472 del cuerpo normativo que se hace referencia. *Cfr.* Artículo 4 de la *Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*, Código Civil de Brasil el cual norma que son relativamente incapaces para ciertos actos, los mayores de 16 y menores de 18 años de edad, los ebrios habituales, los viciados en tóxicos, los que por deficiencia mental tengan discernimiento reducido y los pródigos. *Cfr.* Artículo 409 del Código de Venezuela publicado en Gaceta Nº 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982 el cual bajo el término de inhabilitación regula los sujetos sometidos a capacidad restringida al establecer que el débil de entendimiento cuyo estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción, y el pródigo, podrán ser declarados por el Juez de Primera Instancia inhábiles para estar en juicio, celebrar transacciones, dar ni tomar a préstamo, percibir sus créditos, dar liberaciones, enajenar o gravar sus bienes, o para ejecutar cualquiera otro acto que exceda de la simple administración, sin la asistencia de un curador que nombrará dicho Juez de la misma manera que da tutor a los menores. La prohibición podrá extenderse hasta no permitir actos de simple administración sin la intervención del curador, cuando sea necesaria esta medida. El Código Civil Español, no regula expresamente la capacidad restringida, empero de un interpretación extensiva de sus preceptos pudiera llegar a colegirse que la adopta en la práctica, pues en el artículo 200 se pauta que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma, se conjetura entonces que escapa de este régimen quien padece una enfermedad que no lo prive totalmente de discernimiento y de poder gobernarse por sí misma y en relación con el artículo 287 en el cual se ordena que procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento, corrobora la anterior aseveración toda vez que admite gradación a la capacidad y porque además es la curatela una figura de asistencia y no de representación, lo cual ocurre cuando se es totalmente incapaz para formalizar actos de relevancia jurídica. También se puede llegar a esa conclusión por lo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil Edición actualizada a 28 de marzo de 2014, en los artículos 760 y 761 que determinan que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y que la misma no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida. Por su parte el Código Civil de Chile actualizado en el año 2000 en su artículo 1447 determina que son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes.

actos que puede realizar el sujeto en correspondencia con la enfermedad o trastorno mental que presente y los límites en los que se va a mover su ámbito de actuación, así como los casos en que sería necesario la intervención de una figura de asistencia, lo cual constituye en la actualidad un vacío legal al no estar la figura de la curatela u otra figura afín que pueda realizar esta función entre las instituciones de guarda reguladas en el Código de Familia cubano.

Es por ello que en esta investigación se brindan los presupuestos teóricos legales necesarios a tener en cuenta para una posible y futura modificación del Código Civil Cubano y sobre todo la inclusión en su ley adjetiva del proceso por el cual se tramitará. Para eso resulta ineludible viabilizar, en el ámbito procesal, la gradación de la capacidad de obrar, en congruencia con la específica afectación que sufra el individuo, de modo que sobrevengan definidos los actos concretos que por sí pudiera satisfacer.⁸⁰ Así, emerge notable laguna en el ordenamiento sustantivo y procesal cubano, cuando no dispensa efectiva tutela a los sujetos que, con su capacidad de obrar restringida, quedan impedidos de ejercerla para todos los actos, al no quedar válidamente delimitado su ámbito de actuación jurídica.

Sin embargo es inminente la necesidad de atemperar a la realidad los conceptos tradicionales del Derecho Civil y salir del rígido binomio integrado por las nociones de capacidad/incapacidad, dándole a la capacidad limitada el protagonismo que merece, por lo que se debe solucionar esta problemática desde otro enfoque sin esperar una modificación normativa, para lograr una eficaz participación de estos sujetos en el ámbito del derecho notarial, esfera en la cual en la actualidad las personas constituyen la mayoría los actos jurídicos que implican declaración de voluntad para otorgar consentimiento con respecto a su patrimonio y persona.

2.2- Régimen de apoyo y asistencia a las personas con capacidad restringida.

⁸⁰Se debe aclarar que no es objetivo de esta investigación el reconocimiento de un proceso de declaración de capacidad restringida, pero si resulta necesario su mención en este trabajo, en tanto es en la resolución judicial que declare este régimen de capacidad donde se establecerán los límites de actuación, delimitando razonadamente los específicos actos que podrá llevar a cabo con éxito y cuáles no.

Las personas con enfermedades mentales constituyen hoy un grupo muy creciente dentro de la sociedad en el que encontramos niveles de dependencia muy diferentes⁸¹, razón por la cual no deben ser excluidas de la toma de decisiones, tanto en el seno de la sociedad como respecto de sí mismas. Para lograr este objetivo el Derecho tiene que dotarlos de los mecanismos de auxilio apropiados para ello sin violentar su autonomía.

El régimen de protección del Derecho cubano a estas personas se limita a reconocer como única institución de guarda, la tutela, la que tiene como fundamento la protección de la persona y su patrimonio, y en general, del ejercicio de sus derechos, representándola en todos aquellos actos que sean necesarios, con los matices que se regulan en la ley sustantiva familiar.⁸² De manera que se obvian los principios de necesidad y subsidiariedad que permiten establecer medidas proporcionales al grado de pérdida de facultades del individuo, y a sus circunstancias o condiciones personales, que garantice una función tuitiva individualizada, en consonancia con la capacidad que se requiera complementar.

La autora sostiene que deberían buscarse otros procedimientos de garantías y protección, que contribuya a que la persona con capacidad restringida pueda ejercitar sus capacidades conservadas evitando que todas sus actuaciones jurídicas sean formalizadas por un representante en su lugar, lo que al final de cuenta no hace más que socavar la dignidad de la persona con discapacidad. Teniendo como fundamento el nuevo paradigma que propone la CDPD sobre las medidas de apoyo o complemento de la capacidad de la persona con discapacidad.⁸³

⁸¹Según estadísticas nacionales, de cada 1000 habitantes de 15 a 59 años de edad, existen 554 que mantenían una relación de dependencia hacia otra persona. Según proyección estimada en el año 2013 para el 2020 esa cifra aumentará, llegando hasta existir 611 personas, en el 2025 podrían ser 734 y para el 2030 esa cifra se estima que estará alcanzando las 838 personas. *Cfr.* Anuario Estadístico de Cuba 2013. Edición 2014. Oficina Nacional de Estadística e Información. República de Cuba. consultada en :<http://www.one.cu/aec2013/20080618index.htm>.17-5-2016, 8:45am.

⁸²*V. gr. Cfr.* Artículo 137 y ss. del Código de Familia cubano de 1975.

⁸³La idea de la asistencia -y no la representación legal de estos sujetos- aparece en Roma con la "*tutoris auctoritas*" y con la "*cura minorum*". En el derecho moderno ha tenido un amplio desarrollo por ser especialmente apropiada tratándose de incapaces dotados de discernimiento.

El sistema de apoyo consiste en acompañar y asistir a la persona en la toma de decisiones cuando se presenta una dificultad, contemplando los recursos propios y los del entorno, como por ejemplo un asistente personal, un familiar, un amigo, un allegado, una asociación o una institución oficial.⁸⁴ Este se emplea cuando la

Los sistemas de apoyo tienen su fundamento en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que se establece que “*Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos (...) El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra, debido a la diversidad de las personas con discapacidad*”, es decir que la misma establece que el Estado provea apoyo a las personas con discapacidad para que puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas. Además, aclara que este apoyo será adecuado y variará de acuerdo al caso concreto y a la necesidad de la persona.

También está regulado en Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (artículo 43), el cual presenta una innovación significativa en la materia, prevé la posibilidad de que el juez designe a una persona o grupo de personas distintas del curador, con la finalidad de que constituyan una red de apoyo con distintas funciones específicas, tendentes a la protección de la persona y la recuperación de su salud, constituye una medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

⁸⁴ El Asistente Personal es una figura de apoyo a las personas con diversidad funcional (discapacidad), es por tanto aquella persona que realiza o ayuda a realizar las tareas de la vida diaria a otra persona que, por su situación, bien sea por una diversidad funcional o por otros motivos, no puede realizarlas por sí misma. Los servicios de asistencia personal están implantados desde la década de los 80 y 90 en una gran parte de los países del norte de Europa: Irlanda, Gran Bretaña, Suecia, Noruega, Dinamarca, Holanda, Austria y Alemania son países en los que funciona esa figura desde hace años. Gran Bretaña y Suecia cuentan además con legislación específica al respecto. Suecia aprobó en 1994 su Ley de Asistencia Personal y Gran Bretaña lo hizo en 1996. En Francia y en Italia hay también sistemas de asistencia personal, pero de ámbito mucho más reducido. También está regulada en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia de España, artículos 7, 14.5 y 19 de ese cuerpo normativo.

Otros países han regulado otros sistemas de apoyo como el modelo de apoyo de los mediadores personales en Suecia el cual se concibió sobre la base del reconocimiento de que los sistemas de capacidad jurídica existentes no atendían las necesidades de muchas personas con discapacidad psicosocial que se encontraban bajo diferentes autoridades y eran incapaces de acceder a sus derechos. La Ley de Acuerdo de Representación (*Representation Agreement Act*) de la Columbia Británica de Canadá constituye otro ejemplo de buenas prácticas, apreciado en particular por las organizaciones que representan a las personas con discapacidad intelectual. El objetivo de esta ley es implantar un mecanismo que permita a los adultos establecer de antemano el modo en que deberían tomarse las decisiones si se encontraran en una situación en la que la legislación nacional no reconociera su capacidad para tomar decisiones legalmente válidas sin apoyo. La Ley prevé que la persona elabore acuerdos de representación en los cuales autorice a otra persona, libremente elegida por ella, para que le apoye o tome decisiones en su nombre en determinadas esferas de la vida. Esto puede comprender la gestión económica rutinaria, decisiones en materia de atención de salud o la obtención de servicios jurídicos para el adulto.

Ejemplo de ello es también la experiencia alemana sobre el particular, tras la reforma en materia de tutela realizada en la Ley de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999. Esta nueva legislación alemana suprime la tutela y la curatela sobre personas mayores de edad y sustituye tales instituciones por lo que denomina «*Betreuung*» (asistencia), cuando las personas estén impedidas por deficiencias psíquicas o físicas, y no puedan ocuparse de sus propios asuntos, previendo que, cuando un mayor de edad no puede valerse por sí mismo, en todo o en parte, como

persona tiene capacidad restringida, es decir cuando el juez restringe la capacidad para determinados actos de una persona que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes; también se aplica a los inhabilitados y “a la persona que lo necesite”.⁸⁵

A diferencia del modelo tutelar, que pone a la persona en un rol pasivo el sistema de apoyo tiene por finalidad promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos y constitución de actos jurídicamente vinculantes en todas las dimensiones de la vida civil, tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial y puede incluir acompañamiento para actos de administración y disposición de bienes, asistencia en su devenir cotidiano, asesoramiento, interpretación, contención, co-decisión o incluso en casos excepcionales, representación. Su fin - a diferencia de los sistemas de representación- no es que un tercero decida y ejerza los derechos por la persona, sino que ayuden para que la persona que lo necesite lo haga por sí mismo.

La graduación de la capacidad de obrar requiere de un sistema de pluralidad de instituciones de guarda que posibilite disponer de aquella que resulte más coherente con la necesidad del sujeto para completar su actuación, situación a la que no se atempera la tutela que regula el Código de Familia vigente. De tal suerte que se prevé en el Anteproyecto del nuevo Código, en el que aun cuando continúa diseñada la citada institución para las personas que hayan sido declaradas

consecuencia de una enfermedad psíquica o de impedimento corporal, espiritual o psíquico, el Tribunal de Tutelas le nombrará un asistente, a petición suya o de oficio; el asistente se designa solo para ejercer las funciones imprescindibles, o cuando no existe un mandatario designado.

⁸⁵ El juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la asistencia de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso, debiendo pronunciarse en la sentencia acerca del grado de intensidad de la medida de apoyo, las funciones que este va a realizar, los casos en los que va a actuar; también es el encargado de evaluar a la persona que el interesado proponga como apoyo, procurando que la relación que exista entre ellos sea óptima y no se susciten futuros conflictos.

Al respecto *Vid.* Sentencia del Tribunal de Familia N° 3 de Lomas de Zamora, en fecha 30/06/2010, disponible en www.mpf.gov.ar/dictámenes/2008/beiro/bis/Comp_814_L_XLIV_B.pdf

judicialmente incapacitadas, sí reconoce nuevas figuras como la curatela⁸⁶, institución que se designa para la protección del sujeto con una capacidad quebrantada en parte, cuya función es asistir y complementar la capacidad de la persona en la realización de actos jurídicos patrimoniales, que puede ser desarrollada por una persona física o jurídica. El guardador de hecho⁸⁷, encargado de la protección transitoria de la persona en algunas funciones propias de instituciones tutelares o que tiene la precisa encomienda de su custodia o de la administración de sus bienes, pero carece de potestad legal; y la asistencia a las personas adultas mayores⁸⁸, que implica la protección de estas personas en cuanto a su bienestar personal o el de sus bienes en aquellos casos en los que no proceda la incoación de proceso alguno respecto a su capacidad. El asistente será nombrado por la persona mayor de edad que requiere asistencia de un tercero en el cuidado personal, jurídico o patrimonial.

Estas circunstancias hacen urgente la perfección de la legislación vigente en Cuba en materia civil y familiar considerando que comienza a ser insuficiente el tratamiento que el ordenamiento patrio brinda a estas personas para que puedan ejercitar válidamente sus derechos, pues la misma no abarca todas las situaciones jurídicas que pudieran presentarse a estos individuos, además de las evidentes omisiones que se traducen en la falta de respuesta del derecho cubano ante esta situación. Se trata de revolucionar el régimen jurídico de las instituciones de guarda en consonancia con las nuevas circunstancias en las que está llamada a desplegarse.

A propuesta de la autora la figura de la curatela se erige idónea a los efectos de la graduación de la capacidad de obrar restringida por razón de discapacidad psíquica, y en este sentido armonizamos con el criterio de la autora ÁLVAREZ TABIÓ-ALBO al deducir que, “(...) El juzgador ha de tener en cuenta, además de los datos evidentes que caractericen científicamente la deficiencia que padece el

⁸⁶ V. gr. cfr. Artículos 248 y 249 Anteproyecto del Código de Familia Cubano versión 26 de mayo de 2008.

⁸⁷ V. gr. cfr. Artículos 241 y 242 Anteproyecto del Código de Familia Cubano versión 26 de mayo de 2008.

⁸⁸ V. gr. cfr. Artículos 261, 262 y 263 Anteproyecto del Código de Familia Cubano versión 26 de mayo de 2008.

presunto incapaz, otra serie de factores sociales complementarios, como la psicomotricidad y el uso del lenguaje, las habilidades de autonomía procesal y social, el proceso educativo, la conducta y el proceso ocupacional laboral. La suma de todos esos valores determina el porcentaje de discapacidad que padece una persona y la forma de guardaduría que le conviene, así como las medidas que en pos de su amparo y asistencia han de adoptarse. La curatela se aviene afinadamente como la fórmula para la protección de estas personas sujetas a alguna deficiencia que, sin privarles totalmente de su discernimiento, limitan su facultad de autogobernarse”.⁸⁹

2.3- La declaración judicial de capacidad restringida como presupuesto para la intervención notarial.

La declaración de incapacidad en Cuba se concreta en sede procesal mediante jurisdicción voluntaria o proceso contencioso -si aflorare desacuerdo en la primera- pero en ningún caso emerge soporte legal que posibilite su graduación, de conformidad con el grado de juicio que posea la persona.⁹⁰ En este sentido, cualquier declaración de incapacitación debe tener límites, de manera que se defina mediante la atinente resolución, hasta dónde y qué puede hacer o no el sujeto, en razón de lo disímil que resulta un caso de otro.

El régimen de capacidad restringida procede cuando las circunstancias de hecho no ameriten una declaración de incapacidad, pues no es necesario privar a una persona de la total capacidad de obrar, sino que, desde un punto de vista positivo, deberá entenderse que la capacidad de obrar es plena, y en función de las propias limitaciones de cada persona, esta deberá ser graduada dependiendo de las facultades que se observen en la misma. En consecuencia, es necesario

⁸⁹ Vid.ÁLVAREZ TABÍO-ALBO, Ana María. “Evolución del concepto de la curatela. Discapacidad y curatela”, en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*. Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo, coordinado por los Doctores. Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo. Primera Edición, editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 385.

⁹⁰ V.gr.cfr. Artículos 578 al 585 en el Libro V, Título I de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley No. 7/1977 de 19 de agosto, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ordinaria, no. 34, de 20 de agosto de 1977; con las modificaciones que le introdujo el Decreto-Ley No. 241/2006, de 26 de septiembre, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, extraordinaria, no. 33, de 27 de septiembre del 2006.

determinar en la resolución judicial los actos que la persona con la capacidad limitada no puede realizar por sí misma al carecer de suficiente capacidad para ello, aplicándose un sistema amplio donde se dote a la persona sujeta a tal limitación, de una libertad inherente a toda persona para gestionar su existencia.

No cabe dudar que la gradación de la capacidad de obrar de una persona, tiene como esencial fundamento sentar las bases de su actuación, en la resolución que pone fin al proceso para la inserción e integración del sujeto en la sociedad, en plano de normalidad e igualdad, en lo que sea posible. Si llegare a existir en Cuba el procedimiento adecuado para restringir la capacidad de obrar, como debe ser y como acertadamente se instituye en muchos cuerpos normativos foráneos⁹¹, entonces la vía notarial sería idónea para la formalización y constitución de prueba documental respecto a asuntos de trascendencia jurídica para estos sujetos en el ámbito personal, familiar y patrimonial por las garantías que este escenario pudiere ofrecer.

2.4- La intervención de sujetos con capacidad restringida por razón de discapacidad psíquica en sede notarial.

2.4.1- El notario como asesor legal del discapacitado.

El notario es un profesional del Derecho, actúa como funcionario público, participa del poder autenticador del Estado, ejerce la fe pública que se ha delegado en él y, en consecuencia, por su investidura es un dador de fe de aquellos actos o hechos que ocurren en su presencia y de los documentos que califica; es un consejero imparcial en materia jurídica, velando en todo momento por el cumplimiento del principio de legalidad.⁹²

⁹¹Se encuentra regulado en las leyes Procesales de, Argentina (Art. 140-158), Uruguay (Art. 402-406; 439-449), Colombia (Art.649-652; 659-660) y España en el artículo 760, apartado primero de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil el cual establece que: La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763. Al respecto *Vid. MONTERO AROCA, Juan, y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, Ley de Enjuiciamiento Civil y disposiciones complementarias*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 30.

⁹²V. gr. Cfr. Artículo 1 de la Ley 50 de las Notarías Estatales de 1984.

Al decir del notario y profesor Leonardo B. PÉREZ GALLARDO: *“El notario es como un sastre que elabora su obra a la medida del cliente, según la voluntad de este, siempre y cuando sea capaz de verter esa voluntad en los moldes que imponen las normas imperativas tanto reguladoras del fondo como del continente. El notario como hacedor de formas, consejero, asesor técnico y, sobre todo, baluarte de la aplicación irrestricta de la ley, ejerce su profesión ofreciendo seguridad jurídica a las transacciones que se realizan entre los particulares, sellándolas con la impronta que supone la fide pública de la cual es su más genuino detentador.”*⁹³

Se puede afirmar que es, ante todo, un elemento de seguridad jurídica preventiva que, actuando como un profesional del Derecho, asesora, aconseja e informa a los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas, configura y da forma documental a los actos o contratos que regulan esas relaciones, convirtiéndoles en auténticos gracias a la fe pública que ostenta por delegación del Estado y dotándolos de una especial fuerza probatoria, en juicio y fuera de él y un valor ejecutivo.

El notario ha de atender por igual a los intereses de las distintas partes en juego, pues la función pública «ha de ser prestada a todos en igualdad de condiciones»; con la particularidad de que, a la hora de informar, esta imparcialidad, no debe ser simplemente formal, lo que en casos de notoria desigualdad de los otorgantes implicaría una verdadera toma de partido por uno de ellos, sino sustancial, de manera que el fedatario habrá de prestar un «plus» de asistencia, una información más completa y exhaustiva al contratante más débil, lo que sin duda alguna ayuda a proteger los intereses de la persona con discapacidad cuando interviene ante este funcionario.

Las funciones que ejercen estos funcionarios públicos se regulan con transparencia en la Ley 50 de las Notarías Estatales⁹⁴, sin dudas una de las más importantes es dar fe tanto de actos jurídicos en los que la ley exija la formalización de los mismos en sede notarial, como de hechos o circunstancias

⁹³ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., ALMAGUER MONTERO, Julliett, OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy. *Compilación de Derecho Notarial*. Editorial MINJUS, Ciudad de La Habana, 2003, p. 256.

⁹⁴ V. gr. Cfr. Artículo 10 de la Ley 50 de las Notarías Estatales de 1984.

que tengan relevancia para el derecho⁹⁵, partiendo siempre de que como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

Se puede afirmar que el fundamento de la fe pública notarial lo constituye la necesidad de certeza que deben tener los actos de los particulares, a fin de que el Estado pueda proteger los derechos que dimanen de los mismos, respondiéndoles contra cualquier violación. La fe pública notarial contempla además una misión preventiva, concediéndole a los documentos dotados de ella el carácter de prueba pre constituida, que ofrece un valor probatorio preestablecido a los documentos públicos en el proceso civil, suficiente para resolver e impedir posibles litigios, por ser una publicidad legal irrevocable, ya que la fe pública notarial es la fe pública por excelencia.

El notario tiene además la misión de asesorar a las personas que requiera sus servicios a quienes instruye sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en documento notarial de que se trate⁹⁶, de esta función es que se fundamenta la importancia que tiene la actuación del notario ante una persona con discapacidad, puesto que al indagar e interpretar su voluntad, velará por evitar abusos e influencias indebidas, articulando ese traje a medida que permita el ejercicio de los derechos por la persona con discapacidad a quien se le ha restringido su capacidad de obrar, de modo que, puedan acceder al servicio público en condiciones de igualdad sin sufrir el estigma de que se les niegue la actuación por razón de una enfermedad psíquica o psicosocial, sino, atendiendo a la capacidad para cada caso concreto, a la existencia de esa capacidad suficiente para el acto que desean realizar.

Todo ello, unido a otras ventajas derivadas de la intervención notarial, las cuales serían el juicio de capacidad sobre las partes intervinientes, la emisión y formación libre de su voluntad y la fehaciencia derivada de la fe pública que ostenta el

⁹⁵ V. gr. Cfr. Artículo 10 a) y b) de la Ley 50 de las Notarías Estatales de 1984.

⁹⁶ V. gr. Cfr. Artículo 10 inicio II) de la Ley 50 de las Notarías Estatales de 1984.

notario, contribuyen de una manera clara a conseguir unas cotas importantes de seguridad jurídica a los actos realizados por estos sujetos. Se trata, nada más y nada menos, que de asumir una labor que favorezca el adecuado desarrollo de las personas con discapacidad, promoviendo, como consagra la convención, su inclusión en la sociedad, que en la medida posible su voluntad tenga cauce adecuado para regir sus persona y bienes y, en definitiva, que más que objeto se conviertan, con la mayor plenitud posible, en sujetos de derecho.

2.4.2- El juicio notarial de capacidad y la intervención del perito para su apreciación.

La función notarial no se limita únicamente a la elaboración, conservación y dación de fe de un instrumento en que se contengan actos o hechos jurídicos, sino que debe entenderse desde un punto de vista más amplio, que abarque todas aquellas situaciones que de no resolverse, pueden poner en riesgo el fin último de dicha función⁹⁷ dentro de estas actuaciones está la emisión de un juicio de capacidad⁹⁸ de los presuntos otorgantes dado que los negocios jurídicos presuponen como elementos esenciales, entre otros, la capacidad de obrar y la libertad de consentimiento de los otorgantes.

El “juicio de capacidad” es una de las funciones de mayor trascendencia que el notario realiza en lo que se puede llamar “*iter notarial*” en aras a conferir seguridad jurídica al negocio que se formaliza a través del instrumento público⁹⁹, manifestación, además, del control de legalidad que compete al notario.¹⁰⁰ Se trata, como expresa GIMÉNEZ-ARNAU de “(...) un acto o juicio personal que no pertenece

⁹⁷ El fin de la función notarial es garantizar la seguridad jurídica del acto consignado en el instrumento notarial, a los intervinientes y aun a terceros y que a fin de cuentas marcan la pauta de la actividad notarial como una garante de la paz, el orden público y la legalidad.

⁹⁸ La apreciación de la capacidad del otorgante –según expresa RODRÍGUEZ ADRADOS, fue considerada históricamente ajena a la función notarial, ello a partir de la concepción puramente sensorial tenida sobre ésta. El juicio de capacidad no tenía por qué expresarse en el documento conforme con la Ley del Notariado, ni tampoco según sus reglamentos, hasta el de 1921, solo lo reconoció el Código Civil español de 1889 en materia de testamentos, al llevarse a ley lo que ya venía reconocido en dos instrucciones, una de 1861 y otra de 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro. Al respecto *Vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El documento en el Código Civil”, en *Escritos jurídicos*, tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pp. 37-.42.

⁹⁹ V. gr. Cfr. Artículo 10 inicio d) de la Ley 50 de las Notarías Estatales de 1984

¹⁰⁰ V. gr. Cfr. Artículo 10 inicio ch) de la Ley 50 de las Notarías Estatales de 1984.

al *juxta verum dictum* de la fe pública, sino más bien, al principio de legalidad; *juxta legem actum*".¹⁰¹

Los actos y negocios jurídicos deben ser el resultado de declaraciones de voluntad que se exteriorizan por personas que conocen los efectos de dicho acto o negocio, que saben discernir sobre lo que quieren, es decir, que están en su cabal juicio. Solo las personas capaces pueden protagonizar un acto jurídico, con independencia del grado de capacidad o de competencia del sujeto, en todo caso, este será decisivo para la autorización de cada instrumento público, pero compete al notario su apreciación *ad hoc*. Cuando ese acto o negocio se instrumenta por notario, la sola intervención de este para la autorización del documento le dota de certidumbre y de autenticidad a su contenido. Tal certidumbre implica, ante todo, que el notario se ha cerciorado del discernimiento de los comparecientes, al menos ha apreciado en ellos capacidad de querer y entender lo que pretenden concertar. Como se ha dicho con acierto, la trascendencia del juicio de capacidad "radica en que ésta es el soporte del consentimiento, quien, a su vez, constituye la esencia del negocio jurídico".¹⁰²

El control de la capacidad de obrar en materia notarial es propio del notario¹⁰³, "es una facultad exclusiva del notario que se objetiviza en el momento concreto de la autorización".¹⁰⁴ Como ha sostenido la doctrina española "Se tratará de un juicio declarativo en que no debe haber margen racional de duda de la falta de capacidad. Y si así fuera, ni siquiera implicaría necesariamente la responsabilidad del notario, porque se limita a emitir un juicio, no una declaración de verdad".¹⁰⁵ De ahí, su naturaleza de juicio problemático, en el que juega un importante papel las

¹⁰¹GIMÉNEZ-ARANAU, Enrique, *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 530.

¹⁰²Vid. TORRES ESCAMEZ, Salvador. "Un estudio sobre el juicio de capacidad", en *Revista jurídica del notariado*, No. 34, Madrid, 2000, p. 215.

¹⁰³V. gr. Cfr. Artículo 64 c) en sede de escrituras públicas y 81 c) en materia de actas de la Resolución 70 de 1992, Reglamento de la Ley 50 de 1984 de Las Notarías Estatales, Cfr. Artículo 484.3 del Código Civil Cubano de 1987, en lo que concierne a los testamentos, dejan explícitos que el juicio de capacidad es de la exclusividad del notario y ello forma parte de su función.

¹⁰⁴Vid. Dictamen No. 3/2004, de 5 de octubre, en su apartado segundo de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia.

¹⁰⁵MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio, "Comentarios al artículo 157 del Reglamento notarial", en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I – Legislación notarial, Colegio Notarial de Madrid, 2007, p. 413.

probabilidades. El notario no puede dar plena certeza de que quien comparece tiene capacidad natural, pero al dar el juicio afirmativo, dota de certidumbre al acto o negocio instrumentado.¹⁰⁶

No existen reglas preestablecidas acerca de la apreciación del notario del juicio de capacidad. Señala el autor GÓMEZ TABOADA que el notario no tiene herramientas especializadas para dar el juicio de capacidad, solo dispone “(...) en principio, con su sentido común y con su experiencia –tanto personal como profesional”.¹⁰⁷ Para valorar el juicio de capacidad en situaciones concretas y de carácter ya sea transitorio o permanente, el notario debe hacer una valoración respecto a las características extrínsecas del sujeto compareciente que lo lleven a la convicción acerca de si dicha persona está consciente o no del acto que pretende otorgar ante él. El problema que se presenta es que la valoración que realiza el fedatario, de acuerdo a las facultades que le concede la ley en esa materia, necesariamente es de carácter subjetivo teniendo en cuenta que el notario es esencialmente un profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado para intervenir en el otorgamiento de instrumentos donde se consigne lo que la ley autoriza, no entrando dentro del cúmulo de sus capacidades el de poder hacer una apreciación realmente objetiva y basada en datos concretos, que logre determinar la plena capacidad de ejercicio, la incapacidad y, más complicado aún, la capacidad restringida de quien comparece al instrumento.

El Reglamento notarial cubano establece la concurrencia del médico al documento público cuando al fedatario le alberguen dudas sobre la capacidad volitiva de los

¹⁰⁶Es cierto que está cargada esa presunción de gran certeza o probabilidad, precisamente porque el juicio es dado por un profesional del Derecho dotado de credibilidad, pero en modo alguno perito lo cual justifica dentro de los límites de permisibilidad racional, el error en la apreciación de la capacidad de obrar de la persona, cuando *a posteriori* se demuestra que esta carece de ella para el acto o negocio que pretende concertar. Dado que la capacidad se presume y el notario debe actuar conforme con el principio *pro capacitate*, el error en la valoración de la capacidad, conduce a la nulidad del acto jurídico conforme con el artículo 67 b) del Código Civil. Si la persona carece de discernimiento al momento de concertar el acto, no está apta para medir los efectos jurídicos del acto o negocio que quiere concertar, ni tampoco de autogobernarse, no habrá entonces manifestación de voluntad válida y eficaz.

¹⁰⁷GÓMEZ TABOADA, Jesús, “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007, p 334.

comparecientes.¹⁰⁸ Precepto que aunque diáfano y claro ha tenido que ser interpretado por la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia para su homogénea aplicación¹⁰⁹, sobre todo en sede testamentaria. El mismo alude al dictamen pericial -como prueba que se practica- y a la intervención del perito en el documento notarial, de modo que el dictamen lo ha de ofrecer el perito en presencia física del compareciente y del notario, en plena audiencia notarial, *ergo*, él sería uno de los sujetos protagonistas de la audiencia notarial, su ausencia sería motivo del quebrantamiento de la unidad de acto formal.¹¹⁰ Se exige del médico el necesario cumplimiento del principio de inmediación, para dictaminar sobre el estado mental y la capacidad volitiva del compareciente con independencia de la obtención previa de un documento especializado que la certifique, este pronunciamiento debe ser verificado por el fedatario en el momento en que se instrumenta el acto para reafirmar que el sujeto examinado con anterioridad aún conserva las aptitudes para intervenir por sí al acto. El perito funge como auxiliar del notario pero en modo alguno le sustituye y su dictamen pericial no le compele a autorizar el documento o a negar su dación de fe.¹¹¹ Tampoco se trata a consideración de la diplomante de que concurra cualquier médico a apreciar la capacidad volitiva del otorgante; este facultativo deberá

¹⁰⁸ V. gr. cfr. Artículo 54, Resolución 70 de 1992, Reglamento de la Ley 50 de 1984 de Las Notarías Estatales, el cual establece que el notario podrá solicitar dictamen pericial cuando tenga dudas sobre la capacidad mental o volitiva de un compareciente. Si la declaración o certificación pericial confirmare la incapacidad mental o volitiva el Notario se abstendrá de autorizar el documento notarial.

Es dable elogiar la fórmula del autor del Reglamento que le da un matiz puramente notarial, a un tema que en los códigos civiles decimonónicos venía reservado, con exclusividad, a la figura del testamento, con una estrechez inusual en los legisladores de la época. Téngase en cuenta que la fórmula reglamentaria hace permisible la concurrencia del médico en cualquier instrumento notarial, incluso en las actas notariales.

¹⁰⁹ A este fin la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia ha dejado dicho en su Dictamen No. 3/2004 de 5 de octubre que: *“en los supuestos en que el notario precise de un pronunciamiento pericial respecto a la capacidad mental del compareciente al instrumento público, ésta se verifique mediante la intervención directa, en el acto en cuestión y ante el notario autorizante, del perito o facultativo que certifique la condición de esta persona, lo que se hará constar en la escritura o acta según sea el caso, en la parte correspondiente a la comparecencia, con independencia de la obtención previa, de un documento especializado que la certifique”*.

¹¹⁰ V. gr. cfr. Artículo 35, Resolución 70 de 1992, Reglamento de la Ley 50 de 1984 de Las Notarías Estatales, la exige con carácter general y Cfr. Artículo 484.4 del Código Civil cubano en sede testamentaria.

¹¹¹ El médico concurre al instrumento a instancia del notario, a los efectos de despejar las dudas que la abriga la capacidad del compareciente, pero es en definitiva el notario el único que da el juicio de capacidad.

cumplir ciertos requisitos de titulación, incluso comprobados por el notario en el momento de su concurrencia.¹¹²

A pesar de que la competencia para solicitar el peritaje médico-forense se centra esencialmente en el terreno judicial, al menos como excepción, *“podrán examinarse personas en razón de establecer su aptitud mental para realizar determinado trámite ante instancias como Notarías e Instituto de la Vivienda, por solicitud expresa de estos y solo con relación a acciones concretas pendientes de realizar en las mismas, sin pronunciarse sobre la incapacidad o capacidad global de las personas, o sobre su estado al haberlas realizado si ya lo hicieron, lo que es de la exclusiva competencia de las Salas de lo Civil de los Tribunales.”*¹¹³ No quepa dudas que, en lo que al ámbito notarial,- al menos con carácter excepcional- es permisible la solicitud de examen pericial cuando se pretende otorgar válidamente un acto jurídico y el notario tiene dudas sobre la capacidad del pretense otorgante, es claro que se trata de casos puntuales para dictaminar sobre la capacidad mental y volitiva del sujeto para ese acto en concreto (acto en tiempo presente), no para dictaminar sobre su capacidad con alcance general o

¹¹²Es de lamentar que el citado Dictamen No. 3/2004 de 5 de octubre no haya abundado en tal importante particular, de modo que no deja esclarecido la especialidad médica del facultativo que concurra en el acto de autorización del instrumento. Desde una visión integradora del Derecho vigente, habrá que tener en cuenta que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo se ha pronunciado a través de su Acuerdo No. 130 de 6 de septiembre del 2002, contenido de su Dictamen No. 418, que determina la necesaria especialización que han de tener los dos médicos dictaminantes sobre el presunto incapaz en procesos judiciales sobre incapacitación. A tales fines el citado Dictamen, si bien no establece un *numerus clausus* de especialidades médicas, deja esclarecido *“que la obligación por parte del Tribunal de hacer examinar al presunto incapaz por dos médicos distintos, se cumplimenta adecuadamente cuando para ello requiera la intervención de profesionales con preparación especializada en la enfermedad que se dictamina”*, de manera que aun y cuando el artículo 588 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico *“no haga expresa referencia en lo que concierne a tal especialización, toda vez que atendiendo al elemental principio de racionalidad que debe presidir toda decisión judicial, bien pudiera no alcanzarse el efecto corroborador buscado, si se aceptara suficiente en tal sentido el parecer emitido por médicos de especialidad ajena a la que se ocupa del padecimiento del expedientado”*, de lo cual se colige que serán especialistas en psiquiatría forense, o al menos en psiquiatría general, los profesionales idóneos para dictaminar sobre la ausencia de capacidad de obrar de una persona, a los fines de su incapacitación. Razón por la cual, en sede notarial, bien pudiera entenderse que son tales especialistas los que en mejores condiciones pudieran dictaminar, aunque la naturaleza misma de la enfermedad pudiera ser dictaminada por neurólogos, intensivistas, u otros especialistas con experiencia y conocimientos suficientes como para esclarecer las dudas que le abriga al notario la capacidad de una persona que interesa comparecer en un documento público.

¹¹³*Vid.* Resolución No. 7/2008 de 20 de abril del Ministerio de Salud Pública.

para dictaminar sobre la existencia de esta en un acto pretérito, supuestos estos dos últimos que le compete evaluar exclusivamente al tribunal competente.

2.4.3- Intervención de los discapacitados mentales a los que se le ha restringido la capacidad de obrar en sede notarial.

En el quehacer diario es común que muchos individuos que tienen una discapacidad psíquica concierten negocios jurídicos privados, en los cuales no se exige la forma notarial como requisito para su constitución. Entonces por qué no pudiera ser conveniente que los mismos se instrumenten ante notario público confiriéndole publicidad a estos actos y en consecuencia valor de prueba pre constituida, imprimiéndole certeza y seguridad jurídica al acto, sobre la base de que estos sujetos -a pesar de tal discapacidad y por no ser esta de gran magnitud- puedan manifestar su voluntad de modo consciente, racional e inteligente en correspondencia con sus limitaciones. En el ejercicio de la capacidad de obrar de estas personas se hace necesario, como medio de seguridad jurídica preventiva, la presencia de una autoridad pública y profesional del derecho como es el notario, que les permita conocer el alcance del negocio jurídico que se proponen realizar y que compruebe que el consentimiento se ha formado regularmente y ausente de vicios.

Tradicionalmente se ha entendido que el notario da juicio de capacidad de sujetos perfectamente competentes para realizar válidamente actos o negocios jurídicos. Y a tal fin, en la manera en que se han interpretado las normas jurídicas, el juicio de capacidad afirmativo se orienta hacia personas plenamente capaces, ya sea porque han arribado a la mayoría de edad o porque antes de arribar a esta han formalizado matrimonio¹¹⁴, lo cual sin dudas es un error, puesto que se hace un olvido reiterado de la regulación en el Código Civil de la capacidad restringida, situación en la que pueden estar incursas las personas a las que el tribunal les ha limitado la válida conclusión de ciertos actos jurídicos.¹¹⁵

¹¹⁴V. *gr.cfr.* Artículo 29 del Código Civil Cubano.

¹¹⁵En esta investigación es solo objetivo la limitación de la capacidad de obrar por enfermedad mental. *Vid. supra* I.1.2.2.

En estos casos el notario se mueve entre varias coordenadas: procurar y facilitar la intervención del discapacitado en los otorgamientos ante él, controlar la capacidad de su intervención y lograr la seguridad jurídica tanto para la persona discapacitada, así como para quienes pudieran derivarse en un futuro sus efectos jurídicos. Teniendo en cuenta que el notario es un funcionario nombrado por el Estado para garantizar y dar seguridad a las relaciones jurídicas entre los particulares; ejerce una función de seguridad jurídica preventiva, que forma parte de su esencia y de su servicio a la sociedad.

Es por ello que a consideración de la autora nada impide que el notario emita juicio de capacidad de personas a las que en sentencia judicial se les haya limitado la capacidad de obrar, para que eficazmente constituyan ante este fedatario los actos jurídicos que le sean permitido por la resolución judicial al efecto, para lo cual se podrá auxiliar -aun y cuando exista pronunciamiento judicial- de un dictamen pericial que le reafirme que en el momento en el cual se va a celebrar el acto el sujeto tiene la capacidad de obrar suficiente para validarlo y asumir sus consecuencias.¹¹⁶

Con la declaración de capacidad restringida lo que se busca es la protección del discapacitado, porque se considera que existe en él la facultad de discernimiento necesaria para concertar negocios jurídicos y privándolo de actuar se estaría suprimiendo su capacidad, pero a toda costa se impone la necesidad de evitar que se cometan actos arbitrarios en su contra, es por ello que la autora considera que no les debiera estar permitido la intervención, ya sea por sí o con asistencia, en determinados actos dispositivos que por sus efectos patrimoniales podrían menoscabar e influir desfavorablemente en los intereses del discapacitado como pudieren ser: cesión gratuita de derechos hereditarios, venta o donación de

¹¹⁶El juez para pronunciarse acerca de la capacidad de obrar de un sujeto y restringir su capacidad de obrar en cierto grado se auxilia del dictamen pericial, puesto que el perito es el funcionario que tiene los conocimientos médicos para valorar la magnitud y efectos de la patología que presente el individuo en cuestión. No obstante, la sentencia a pesar de estar sujeta a revisión rige por un tiempo determinado y el notario al albergar dudas de la capacidad de obrar suficiente para un acto concreto en un momento dado, puede solicitar la participación de un perito en la audiencia notarial que corrobore el estado psíquico del sujeto.

vehículo o vivienda -a no ser que tenga dos viviendas de ocupación permanente¹¹⁷ o porque su venta sea necesaria para el sujeto porque va a salir del país o por alguna otra causa debidamente justificada que deberá probarse en un proceso de utilidad y necesidad. De lo contrario, sería de gran perjuicio para este que se le permitiese concertar este contrato-. Asimismo, sería casi imposible mencionar todos los actos de relevancia jurídica en los que eficazmente pudiesen intervenir estos sujetos ante notario, en tanto la amplia gama de actos posibles escapan a cualquier previsión; no obstante, existen algunos que por su trascendencia sería idóneo que en este escenario pudiesen encauzarse sobre las bases que en el subsiguiente epígrafe se esbozan.

2.4.4- Ámbitos en que resultaría admisible la comparecencia *per se* del sujeto con capacidad restringida por discapacidad mental.

Actos jurídicos de carácter individual o personal.

Los derechos inherentes a la personalidad, en tanto inalienables para el ser humano, conceden poderes o facultades que la norma jurídica reconoce a la persona solo por ser tal para la protección de atributos y bienes relacionados con su propia naturaleza y que le son intrínsecos, como la vida, el honor, la propia imagen, el nombre; caracterizados por ser originarios, absolutos, necesarios, no patrimoniales, imprescriptibles, irrenunciables, intrasmisibles y personalísimos. De ahí, que la defensa de estos derechos no puede escapar del ámbito de actuación de los sujetos más vulnerables de la sociedad.

Como regla general, la persona con discapacidad psíquica puede ejercer por sí mismo todos los derechos fundamentales. En efecto, hay facultades del contenido de un derecho fundamental que, por su propia naturaleza fáctica y por el efecto que tienen sobre el logro del interés constitucionalmente protegido, sólo pueden ser ejercidas personal y directamente por el titular del derecho. En estos supuestos la limitación de la capacidad de obrar la persona con discapacidad debe ser sustituida por la plena capacidad cuando el negocio jurídico sea necesario

¹¹⁷ V. *gr.cfr.* Artículo 2 Ley No 65, Ley General de la Vivienda en Gaceta Oficial. Edición Extraordinaria No. 3 de 8 de febrero de 1989.

para el disfrute del objeto del derecho fundamental. En base a ello la autora concibe que el discapacitado mental puede requerir al notario para que haga constar en documento fehaciente o que manifieste su voluntad ante el mismo para llevar a cabo actos jurídicos en relación con sus derechos inherentes a la personalidad que lo beneficien, reportándole ingresos o que no lo perjudiquen moral o patrimonialmente¹¹⁸, siendo de relevancia para el tema que nos ocupa los actos de autoprotección. y las facultades derivadas del Derecho de Autor.

En aras de dar cumplimiento a la función social que ejerce el notario, este funcionario a consideración de la diplomante no debe atarse a instrumentar contratos típicos o cerrarse en modelos preestablecidos, sino que debe utilizar las herramientas jurídicas disponibles; para buscar soluciones que acompañen el vertiginoso avance de la realidad de las personas con discapacidad, las cuales se encuentran-en la gran mayoría de los casos- en una situación en la que la preocupación por su futuro en relación a su salud y cuidado, a su familia y a su patrimonio, constituye uno de sus problemas fundamentales.

Por ello, vienen recibiendo singular protagonismo figuras que se han denominado disposiciones y estipulaciones respecto a la propia incapacidad, figuras de autoprotección, destacando la doctrina¹¹⁹ su indubitable trascendencia social y la multiplicidad de razones que permiten aconsejar que una persona, antes de llegar a la incapacidad para autogobernarse y comunicarse, pueda prever aspectos variados de su existencia, utilizando diferentes vías como los poderes preventivos,

¹¹⁸También entre estos actos se pudieran mencionar el derecho de estos sujetos a permitir la obtención de su imagen y reproducción para obtener retribución económica, siempre y cuando de este hecho no se menoscabe la reputación de esta persona o se produzca el enriquecimiento indebido de otra persona perjudicando su patrimonio, por lo cual sería necesario que estuviese asistido por un curador, debidamente designado, para velar por la protección de los intereses de este sujeto.

¹¹⁹Pueden señalarse, entre otros autores, RIVAS MARTÍNEZ, Juan 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, No. 50, pp. 91 – 118; TALANA DE BRANDI, Nelly y LLORENS, Luis Rogelio, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996; PÉREZ GALLARDO, L. B., “De la autonomía de la voluntad y de sus límites”, Ponencia presentada en la III Convención Latinoamericana de Derecho, Universidad de Antioquia, Colombia, en LexSUM, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

la incapacitación voluntaria, los documentos con voluntades anticipadas¹²⁰, la autodelación de la tutela o autotutela, que ha sido entendida como la figura más idónea y abarcadora de autoprotección.¹²¹

En cuanto al contenido de los actos de autoprotección, los interesados podrán tomar decisiones con respecto a cómo desean ser cuidados o tratados frente a una incapacidad definitiva, así como disponer de asuntos en materia de salud y la designación del propio curador o tutor entre otros casos donde están en juego derechos referidos a la vida, la salud y la dignidad del ser humano y también a los bienes. Su existencia protege en forma preventiva al sujeto que lo otorga, pero también ayuda en la toma de decisiones a jueces, médicos, familiares, etc., cuando deben pronunciarse sobre la vida o la salud de estos individuos. A opinión de la testante los actos de autoprotección son plenamente válidos, pero para poder asegurar su eficacia sería muy beneficioso contar con una modificación legislativa que incorpore la figura en análisis, así como la creación de un registro de Actos de Autoprotección.¹²²

Con respecto a la autotutela como acto de autoprotección se busca que la persona con capacidad restringida por discapacidad psíquica, por conservar sus facultades intelectuales, sea capaz de decidir libremente lo que quiere hacer, para que en previsión de su futura incapacidad designe en documento público, concretamente en escritura pública¹²³, -al constituir el reservorio ideal para contener auténticas

¹²⁰Estas son figuras que la legislación cubana no regula, pero a pesar de ello tampoco contravienen ninguna regulación normativa, por lo que la función notarial, moldeadora de la voluntad del sujeto, bien podría darles forma jurídica a dichas expresiones válidas de voluntad.

¹²¹Vid. 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 VALDÉS DÍAS, Caridad del Carmen, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007.

¹²²Fue el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, la entidad pionera en la creación de un sistema registral como resguardo en el cumplimiento de la voluntad de toda persona que decida efectuar disposiciones destinadas a ser cumplidas ante su situación de discapacidad. El Registro de Actos de Autoprotección del Colegio de Escribanos de esa demarcación se encuentra en vigencia desde el 1° de marzo de 2005.

¹²³A consideración de esta autora, deberían quedar completamente excluidas manifestaciones de voluntad plasmadas en documento privado, en aras de la seguridad jurídica que requiere tan trascendental exteriorización de la autonomía de la voluntad.

declaraciones de voluntad¹²⁴ - a la persona que estime ser la más indicada para desempeñar el cargo tutelar, así como para ofrecer instrucciones acerca de cómo desea que sea ejercida su tutela, tanto en lo que se refiere al cuidado de su persona como a la administración de sus bienes, implantando determinados mecanismos a fin de prevenir actuaciones que podrían perjudicar gravemente sus derechos.

Es válido destacar que actualmente el ordenamiento jurídico cubano adolece de la regulación de esta institución jurídica. Sin embargo en el anteproyecto del Código de Familia Cubano se introduce la regulación de la autotutela, como elemento novedoso de esta posible modificación normativa, con determinadas previsiones necesarias para su aceptación por parte del tribunal.¹²⁵

Como la condición de autor no se adquiere con la plena capacidad de obrar ni con la mayoría de edad, sino que esta especial condición se tiene o no con independencia de la capacidad del sujeto la testante considera que el discapacitado en razón de su capacidad limitada pudiere disponer de la totalidad de las facultades morales que se derivan del Derecho de Autor, asimismo también pudiera concertar determinados contratos típicos derivados de este derecho con el objetivo de disponer de determinadas facultades patrimoniales. Estos contratos deberán concertarse en sede notarial observando la forma *ad solemnitaten*, con el objetivo de que el notario sea garante de la seguridad contractual del acto. Estos pueden ser: la edición de la obra, representación o ejecución pública, utilización cinematográfica, la creación de una obra por encargo, así como dar su autorización para la creación de una obra derivada.¹²⁶ La autora pretende que también disponga de los derechos morales y patrimoniales derivados de su obra a través de testamento notarial.

Actos jurídicos de carácter familiar.

¹²⁴ V. gr. cfr. Artículo 66 de la Resolución 70 de 1992 del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley 50 “Ley de las Notarías Estatales.”

¹²⁵ V. gr. cfr. Artículo 206, Anteproyecto del Código de Familia Cubano versión 26 de mayo de 2008, última versión divulgada.

¹²⁶ Las reglas generales para los contratos de derecho de autor se establecen en los artículos del 28 al 30 de la Ley 14 de 1977 sobre Derecho de Autor.

Los actos jurídicos provenientes del derecho de familia tienen por fin inmediato el emplazamiento de un estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares. Los mismos crean y modifican derechos, pero no lo transfieren ni los aniquilan. Por lo tanto, no pueden transferirse ni extinguirse por voluntad humana, pues se conservan independientemente de ella. Por la importancia que tiene para el discapacitado su inserción en la sociedad y analizando además que son personas que pueden constituir una familia y tener vínculos afectivos en plano de igualdad con respecto a personas completamente capaces, se hace necesario permitir el ejercicio determinados derechos que emanan de estos lazos exclusivamente desde su carácter extrapatrimonial.

La diplomante asevera que entre estos actos uno de los más importantes sería la formalización de matrimonio como paradigma que viene promoviendo la CDPC¹²⁷ y fundamentado en el hecho de que el matrimonio en Cuba tiene un contenido personal¹²⁸ que predomina sobre el patrimonial, al no ser concebido como un contrato, sino que va más allá de ese ámbito, con el mismo se establece una comunidad de vida que tiene como objetivo primordial la creación de una familia en su verdadero sentido como institución no solo del derecho, sino fundamentalmente social, que se basa en el amor y el respeto entre los cónyuges. No obstante, la autora propone que en caso de separación, la disolución legal de este vínculo se sustancie de forma obligatoria mediante el proceso judicial¹²⁹ en aras de proteger los intereses del sujeto parcialmente incapacitado, incluso si conservare algún grado de discernimiento, en función de que en la legislación familiar se reconoce como único régimen económico la comunidad de bienes¹³⁰ evitando con ello una posición desventajosa para este sujeto.

¹²⁷En la CDPC se establece que se debe reconocer por los estados signatarios el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges (Artículo 23).

¹²⁸V. gr. Cfr. Artículos del 24 y ss. del Código de Familia Cubano de 1975

¹²⁹V. gr. Cfr. Artículo 372 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico

¹³⁰V. gr. Cfr. Artículo 29 del Código de Familia Cubano de 1975.

La autora considera viable que se conceda el derecho a estos sujetos de poder realizar el reconocimiento de filiación¹³¹, puesto que si se considera que les asiste el derecho a formar una familia, entonces les corresponde también el derecho de reconocer a sus hijos extramatrimoniales¹³² no solo ante registrador del estado civil, sino también ante notario¹³³- o mediante testamento notarial¹³⁴- debido a que para reconocer a un hijo o una hija basta la capacidad natural para haberlo engendrado.

Actos jurídicos de carácter patrimonial.

Los actos patrimoniales son aquellos que tienen un contenido económico. A su vez, los actos de contenido patrimonial se distinguen en actos de administración y de disposición. Acto de administración es el que tiende, por procedimientos normales, a la conservación y explotación del patrimonio, así como al empleo de las rentas, *v.gr*, la reparación de un edificio para mantenerlo en buen estado, la percepción de alquileres, etc. Acto de disposición, en cambio, es el que introduce una modificación sustancial en el patrimonio, porque causa el desplazamiento de un valor integrante de la masa o de un bien o derecho determinado ya sea de forma gratuita u onerosa. Nada impide que el sujeto con discapacidad mental realice determinados actos que impliquen acrecimiento del patrimonio o lo beneficien de algún modo.

¹³¹El Código de Familia cubano no reconoce distintas clases de filiación; solo acepta una: aquella que sustenta y consagra la igualdad entre los hijos dentro del matrimonio o no, así como de los adoptivos. Por eso no habla ni puede hablar de filiación legítima o ilegítima, sino simplemente de filiación. *V. gr. Cfr.* Artículo 65 del Código de Familia Cubano de 1975.

¹³²La autora alude a este término porque se presume la filiación de los hijos habidos dentro del matrimonio. *V. gr. Cfr.* Artículo 74.1 del Código de Familia Cubano de 1975.

¹³³ En el Anteproyecto del Código de Familia Cubano se introduce como normativa el reconocimiento voluntario de filiación que opera cuando no existe matrimonio formalizado o reconocido judicialmente y se admite la posibilidad de realizar este reconocimiento filiatorio en escritura pública notarial. *V. gr. cfr.* Artículo 85 3) y 4), Anteproyecto del Código de Familia Cubano versión 26 de mayo de 2008.

¹³⁴Este acto tiene por naturaleza contenido patrimonial, pero la doctrina acepta que pueda contener disposiciones no patrimoniales, como el reconocimiento de un hijo Según afirma PÉREZ GALLARDO En algunas legislaciones esto se ha legitimado, llegando incluso a considerarse testamento aquel acto que sólo contenga el reconocimiento de un hijo⁸. Tal disposición se incluiría en lo que ha dado en llamarse contenido atípico del testamento, aunque no están reconocidas en el ordenamiento jurídico cubano. *Vid.* PÉREZ GALLARDO, L., “El acto jurídico testamentario”, en *Derecho de Sucesiones*, bajo su coordinación, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 233.

La autora de este trabajo investigativo pretende esgrimir como tesis que una persona con la capacidad modificada, entre los actos dispositivos admisibles, otorgue testamento notarial, cuando tenga el raciocinio suficiente para disponer de sus bienes, habrá de tener un conocimiento suficiente de lo que hace, lo que dependerá asimismo del nivel intelectual del testador, de la complejidad de lo querido y de las relaciones económico-jurídicas afectadas. Y en última instancia capacidad que debe ser apreciada por el notario frente al que se manifieste la disposición testamentaria, puesto que en el caso de no disponer de ella el testamento será nulo de pleno derecho.¹³⁵

La autora de este trabajo considera que este importante negocio jurídico debe llevarse a cabo ante notario, descartando la posibilidad del otorgamiento de testamento ológrafo¹³⁶ y pretende que por la privacidad del acto se haga *perse*, sin la intervención de ninguna figura de asistencia. De esta forma, se protege la propia esencia del testamento y secretividad por lo que el notario tendrá la labor de moldear la voluntad del sujeto

Es indudable que el testamento es, sustancialmente, un acto dispositivo patrimonial, pero ello no quiere decir que pueda contener no solo disposiciones de esta índole, sino también otras de carácter personal o familiar. Por lo que este derecho es trascendente sobre todo para la disposición de su contenido extrapatrimonial o atípico, considerando que algunas de las enfermedades que originan este régimen de capacidad restringida pudieran ser degenerativas y, habiendo pasado el sujeto a una incapacidad plena y permanente en el futuro debido a una evolución de la enfermedad a pesar de los avances científicos y farmacológicos es necesario que prevea los aspectos relacionados con sus hijos, (tutela testamentaria¹³⁷) sus propios cuidados, la disposición de su cadáver, la posibilidad de expresar consentimiento para disponer de órganos, tejidos y partes

¹³⁵ V. gr. Cfr. Artículo 16 b) de la Ley 50 de las Notarías Estatales de 1984

¹³⁶ V. gr. Cfr. Artículo 485.1 de la Ley 59 de 1987, Código Civil Cubano.

¹³⁷ Esta testante estima que no debe existir razón alguna para dudar respecto a las previsiones que los sujetos con capacidad restringida han adoptado en relación con la tutela de sus hijos, pues generalmente estarán predestinadas al sólo efecto de proporcionar el mayor beneficio posible para aquellos.

del cuerpo humano.¹³⁸ En cuanto a estos dos últimos la autora se inclina a la idea de que sería más oportuno que al ser una manifestación de voluntad del sujeto se pueda contener en una escritura notarial especial distinta al negocio testamentario, que tenga como único contenido disposiciones acerca de su cuerpo y sus órganos *post-mortem*, pues generalmente cuando se obtiene certeza de la existencia y eficacia del testamento¹³⁹ ya se ha dado sepultura al cadáver y queda sin materialización la voluntad del testador al respecto.

En la redacción del testamento el notario ejerce un rol fundamental en su función de asesorar al compareciente porque las personas normalmente no conocen todas las manifestaciones de voluntad que pueden plasmar en este negocio jurídico por lo que su papel adquiere relevancia, a fin de que los intereses no solo patrimoniales sino personales y familiares del sujeto con capacidad restringida resulten protegidos. Debe instruir al testador de su deber de reservar la legítima al heredero especialmente protegido si los hubiere, de la libertad de configuración interna, en el ámbito patrimonial como extra patrimonial que ofrece este acto de última voluntad.

Igualmente resultaría beneficioso la aceptación de herencia y adjudicación de bienes por parte de este sujeto, aceptación que por seguridad jurídica la testante considera que deberá ser expresa.¹⁴⁰ En el primer supuesto como la herencia se compone de derechos y obligaciones - por lo que su aceptación no implica beneficios en la totalidad de los casos- la autora pretende que el curador sea la figura que en definitiva complementa la voluntad del discapacitado, orientándole si

¹³⁸ Este acto de donación de órganos después de la muerte estaría intrínseco en la escritura del testamento y sería una disposición testamentaria sobre el propio cuerpo. Aspecto cardinal a tener en cuenta por el notario sería consignar, como advertencias de este instrumento, la gratuidad de esta disposición y la revocabilidad de esta disposición siempre que el testador lo estime conveniente. La ley 41 de la Salud Pública cubana hace referencia a las donaciones de órganos, sangre y otros tejidos, y destaca que es un acto de elevada conciencia humanitaria. Sin embargo, no distingue en cuanto a donaciones *mortiscausa* e *intervivos*, como tampoco hace referencia a la capacidad que se necesita para poder ser donante y solo dedica dos artículos sumamente exigüos para abordar el tema. V. gr. Cfr. Artículo 41 y 42 de la Ley 41 de la Salud Pública Cubana de 1983.

¹³⁹ V. gr. Cfr. Artículo 479.1.2 y 479.1.3 del Código Civil Cubano de 1987 en relación con el Artículo 78 Resolución 70 de 1992, Reglamento de la Ley 50 de 1984 de Las Notarías Estatales

¹⁴⁰ V. gr. Cfr. Artículo 524.2 del Código Civil Cubano de 1987.

esta aceptación y consecuente adjudicación de los bienes y derechos que la integran le reportará más beneficios que perjuicios.

A juicio de la diplomante, el ejercicio del albaceazgo por voluntad del testador sería muy riesgoso, porque las reglas del albaceazgo rigen en lo pertinente por lo regulado para las relaciones contractuales o de obligaciones y genera facultades muchas veces de administración y representación de los bienes que integran la herencia¹⁴¹, actos de gran complejidad para estos sujetos y que podrían suponer comprometer su patrimonio. Por ello la autora considera que los vínculos afectivos entre el albacea limitado en su capacidad y el testador que lo designó no deben estar por encima de la protección al discapacitado y su patrimonio y de aquellos que dependan de los frutos o rentas del mismo.

En cuanto a la adjudicación de bienes es comprensible que luego de concedérsele a este sujeto la facultad de aceptar la herencia y de que el curador al complementar su actuar le haya aconsejado que en definitiva esta le es beneficiosa, es lógico entonces que pueda adjudicarse para sí los bienes que le pueden haber transmitido por dicha herencia y legado.

La adjudicación de bienes por donación¹⁴² o cesión¹⁴³ nunca va a comprometer el patrimonio del sujeto, solo puede reportarle beneficios y consecuentemente provoca el acrecimiento de su masa patrimonial. es válido destacar que más que necesario, es evidente que el individuo en comento tiene la capacidad y facultades de comprensión necesarias para aceptar un obsequio por sí mismo sin necesidad de que nadie lo haga por él o lo ayude a decidir, por lo que la adjudicación la llevará a cabo *per se* y sin restricción alguna ante notario público.

Respecto a los actos de administración, la autora considera entre los que pudiera hacer este sujeto, el arrendamiento de bienes propios con la salvedad de que este contrato se constituya de forma obligatoria en sede notarial, teniendo en cuenta que para la perfección del mismo en sentido general, no se necesita formalizarlo ante este funcionario y sus procedimientos son sumamente básicos y sencillos y

¹⁴¹ V. gr. Cfr. Artículo 506.1 y 506.2 del Código Civil Cubano de 1987.

¹⁴² V. gr. cfr. Artículo 371 del Código Civil Cubano.

¹⁴³ Vid. CABANELAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Edición 2006, p. 439.

se agotan en la vía administrativa, pero en este supuesto sería ineludible como requisito para su constitución, en aras de proteger el patrimonio del discapacitado, la escritura pública notarial.

El término del contrato no debería ser muy extenso, por cuanto las condiciones de salud y de vida del sujeto con capacidad restringida podrían variar llegando a agravarse en función de su enfermedad, por lo que someterlo a un vínculo jurídico por demasiado tiempo limitaría las facultades de actuación de un tutor, al momento de realizar con el patrimonio actos que beneficien al pupilo. También a consideración de la diplomante debería hacerse contener una cláusula en el contrato regulando que a menos que las partes se pronuncien al respecto, no debería operar la tácita reconducción aunque el Código Civil cubano¹⁴⁴ la reconozca, como vía de protección del incapacitado parcial

La autora considera también que es posible que el discapacitado mental pueda -en razón de su capacidad restringida- perfeccionar ante notario (acompañado por un curador) la escritura de ampliación de su vivienda¹⁴⁵. Esta opinión se fundamenta en el hecho de que esta acción constructiva, a pesar de modificar el derecho real del que se es titular, no implica riesgos para el inmueble, pues incrementa el valor legal del bien, por lo que no perjudica el patrimonio y no va a afectar al propietario, sino por el contrario, solo le reportará beneficios. Considera también esta autora que dicho sujeto con capacidad limitada puede intervenir en sede notarial en la descripción en documento legal de otras acciones constructivas como las der remodelación¹⁴⁶, conservación¹⁴⁷, reconstrucción reposición, rehabilitación, rehabilitación por sustitución o cambio de cubierta y el cambio de uso.¹⁴⁸ En estas

¹⁴⁴ V. gr. cfr. Artículo 392.1 del Código Civil Cubano.

Por definición legal, la misma incluye cualquier solución de edificación realizada cuando existe mera contigüidad, proximidad o vecindad. La ampliación constituye la acción constructiva que provoca que la obra original resulte de mayores dimensiones al edificarse por lo que produce un aumento de la superficie útil. Cfr. Dictamen No. 4 de 2013 de la Dirección Nacional de Notarías y Registros Civiles, MINJUS.

¹⁴⁶ Cfr. Resolución 334 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles. Consulta número 2 en cumplimiento del acuerdo 16 del encuentro técnico de notarios correspondiente al mes de junio, en relación con el análisis del Dictamen No. 4/2013, de esta Dirección.

¹⁴⁷ V. gr. cfr. Artículo 6 a) de la Ley 65, Ley General de la Vivienda de 23 de diciembre de 1988.

¹⁴⁸ Cfr. Dictamen No 4 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles de 2013.

no existe una objetiva modificación del derecho real, por lo que ni se aumenta ni se contrae el dominio con la variación de la distribución interior o estructural del inmueble o la modificación de su tipología.

También se considera posible que el individuo con capacidad restringida pueda promover *per se* en sede notarial actas de notoriedad y de subsanación de errores y omisiones¹⁴⁹, porque en definitiva no abrigan peligro o perjuicios para él. Además, en este tipo de documento público no hay implícito un acto o negocio jurídico, sí, hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de los que se deriven o declaren derechos o intereses legítimos para las personas, o cualquier otro acto de declaración lícita que por su naturaleza no constituya acto jurídico.¹⁵⁰

La sede notarial es una herramienta de protección a la persona y bienes de la persona con discapacidad mental a quien se le ha limitado su capacidad de ejercicio y constituye la instancia ideal para intervenga en el tráfico jurídico porque la figura del notario como funcionario público imparcial le imprime legalidad y seguridad jurídica a los asuntos de quien concurre a requerir su ministerio. Al mismo tiempo en su función asesora podrá moldear la voluntad del sujeto y velará por evitar abusos e influencias indebidas de modo que, puedan acceder al servicio público en condiciones de igualdad. Por ello corresponde al notario, profesional del derecho en el ejercicio de su función pública y como tal garante de los derechos de estas personas, adoptar medidas preventivas que aseguren la plena validez de los actos realizados con su intervención.

¹⁴⁹ En las actas, se hacen constar hechos, actos o circunstancias que, por su naturaleza, no constituyen acto jurídico. Están - en principio- dedicadas a narrar las actuaciones propias del notario. El requirente en las actas sólo desata con su rogación el actuar del notario, que en adelante se convierte en actor principal del procedimiento extrajudicial concebido - para el acta en particular- por la ley.

¹⁵⁰ V. gr. Cfr. Artículo 13 b) de la Ley 50 de 1984 de Las Notarías Estatales.

Conclusiones

- 1- La capacidad de obrar del individuo puede verse afectada por el padecimiento de ciertas enfermedades que la limiten, entre las que se encuentran las enfermedades mentales, cuyo padecimiento no siempre suprime de manera absoluta su autonomía, dando lugar a la capacidad restringida, en cuyo caso se presume su aptitud para el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones sin auxilio de terceros y al mismo tiempo la imposibilidad de actuar por sí en otros escenarios jurídicos, para los que requerirá la asistencia de un tercero.
- 2- Los avances científicos alcanzados en el campo de la psiquiatría permiten determinar que el grado de discernimiento en los tipos de trastornos mentales no se manifiesta igual en todos los sujetos, en muchos casos estos conservan la facultad de autogobierno, pudiendo ofrecer su consentimiento y establecer relaciones jurídicamente vinculantes en pos de salvaguardar sus intereses personales, familiares y patrimoniales. Entre los trastornos mentales que pudieran originar un régimen de capacidad restringida se encuentran la discapacidad intelectual en niveles ligero y moderado, la esquizofrenia (cuando el control sanitario del paciente sea suficiente para disminuir considerablemente los síntomas de la enfermedad), el deterioro cognitivo leve y las demencias en estadios iniciales.
- 3- El ordenamiento civil cubano reconoce la capacidad restringida por enfermedad mental, pero ante la formulación poco eficiente y la ausencia del procedimiento para declararla; quedan los sujetos inmersos en ella impedidos de ejercerla para todos los actos, al no quedar válidamente delimitado su ámbito de actuación jurídica. En estas circunstancias resulta fundamental la búsqueda de medidas de asistencia o apoyo que no sustituyan la voluntad de estos sujetos, sino que funcionen en calidad de complemento, erigiéndose como idónea la figura del curador, tal como aparece regulado en normas foráneas de avanzada junto a otras soluciones jurídicas tendentes a conservar la autonomía del incapacitado parcial, potenciando su actuación como sujeto de derecho.

- 4- La sede notarial es la instancia ideal para que la persona con capacidad restringida por discapacidad mental intervenga en el tráfico jurídico, en tanto el notario a través de su función asesora podrá moldear la voluntad del sujeto y velará por evitar influencias indebidas, de modo que puedan ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad, interviniendo en asuntos referidos al ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad, de los derivados del derecho de familia o de aquellos que no le reporten riesgos a su persona y bienes con el complemento si fuere necesario del perito como personal cualificado para determinar el alcance de la capacidad del sujeto.

Recomendaciones

- 1- Se debe fomentar el estudio y la investigación del tema, sobre todo por parte de los notarios pues esta tesis constituye solo el punto de partida de un largo camino a recorrer, con el fin de aunar criterios y de lograrla comprensión de la necesidad de intervención *per se* de los discapacitados en sede notarial a partir de la creación de un sistema más eficaz de protección al ejercicio de sus derechos.
- 2- Sería sumamente beneficioso elevar el nivel de preparación y profundización en temas jurídicos, propios del ámbito civil, de los médicos legistas que trabajarán directamente con los notarios, además de la elaboración de una disposición jurídica que regule uniformemente cómo será el funcionamiento de la audiencia notarial cuando los sujetos con capacidad restringida sean intervinientes.
- 3- En el ámbito legislativo debe ser valorada la posibilidad de regular un instrumento jurídico distinto al Código Civil, que trate acerca de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia como acertadamente regulan otros países extranjeros y que constituya la adaptación normativa a los postulados de la CDPC, de la cual Cuba es signataria.

Bibliografía:

I-Textos:

1. Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. I Introducción. Parte general y Derecho de la persona*. Volumen I, 14ta edición, José María Bosh Editor S.A., Madrid, 1996.
2. Álvarez Tabío-Albo, Ana María. “Evolución del concepto de la curatela. Discapacidad y curatela”, en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*. Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo, coordinado por los Doctores. Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo. Primera Edición, editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006.
3. American Psychiatric Association. *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*. (Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales), Editorial Médica Panamericana, 2013.
4. Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral, Introducción y Parte General*, Tomo Primero, Volumen Segundo. Decimotercera Edición, Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, catedrático de Derecho Civil. Editorial Reus, S. A, Madrid. 1982.
5. Clemente Díaz, Tirso. *Derecho Civil. Parte General*, Tomo I, Primera Parte, editorial EMPS, La Habana, 1983.
6. Colectivo de autores. *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
7. Colectivo de autores. *Salud mental en la comunidad*. Segunda edición. Editorial OMS-OPS, Washington D.C, 2009.
8. De Castro y Bravo, Federico. *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
9. Díaz Magrans, María Milagrosa. “La persona individual”, en VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen. (coordinadora), *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
10. Diez Picazo, Luis, y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8ª edición, editorial Tecnos, Madrid, 1994.

11. Esbec Rodríguez, Enrique. “Avances y exigencias de la prueba pericial en el proceso de modificación y delimitación de la capacidad de obrar. La capacidad en los trastornos mentales” en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*. Vol. 12, Año 2012.
12. Fonseca, José Ignacio y Herrero, Raimundo. *Diccionario Jurídico Básico*. Editorial Constitución y Leyes, S.A. (COLEX), Madrid, 2002.
13. García Valdecasas, Guillermo. *Parte General del Derecho Civil Español*. Editorial Civitas, Madrid, 1983.
14. Gelder, M, R. Mayou, J. Geddes., Oxford Psiquiatría, Segunda edición, Editorial MARBAN, 1999.
15. Gómez Taboada, Jesús, “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento”, en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007.
16. González Menéndez, Ricardo. *Clínica psiquiátrica básica actual*. Editorial Ciencias Médicas, La Habana, 1998, reimpresión 2008.
17. Gullón Ballesteros, Antonio, “*Capacidad jurídica y Capacidad de obrar*”, en la obra colectiva, *Los Discapacitados y su protección jurídica*, Directores: González Poveda, Pedro y Picón Martín, José. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
18. Lacruz Berdejo, José Luis. *El nuevo régimen de la familia. Tutela e instituciones afines*. Tomo III, Cuadernos. Editorial Cívitas. Madrid. 1984.
19. Lete del Río, José Manuel. “*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*”. Tomo IV Colectivo de autores dirigidos por Manuel Albaladejo, Editorial Edersa, Madrid, 1985.
20. Llibre Rodríguez, Juan de Jesús. *Demencias y enfermedad del Alzheimer en la población cubana*. Editorial Científico- Técnica, La Habana, 2008.
21. Martínez-Gil Vich, Ignacio, “Comentarios al artículo 157 del Reglamento notarial”, en *Nueva legislación notarial comentada*, tomo I – Legislación notarial, Colegio Notarial de Madrid, 2007.

22. O'Callaghan, Xavier, "La declaración de incapacidad", en *La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, 1^a edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000.
23. Pérez Gallardo, Leonardo B., Almaguer Montero, Julliett, Ojeda Rodríguez, Nancy. *Compilación de Derecho Notarial*. Editorial MINJUS, Ciudad de La Habana, 2003.
24. Pérez Gallardo, Leonardo Bernardino y Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro (coordinadores) *Derecho Notarial*, tomo I. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
25. Pérez Gallardo, Leonardo Bernardino y Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro (coordinadores) *Derecho Notarial*, tomo II. Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
26. Pérez Gallardo, Leonardo Bernardino y Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro (coordinadores) *Derecho Notarial*, tomo III. Editorial Félix Varela, La Habana, 2008.
27. Pérez Gallardo, Leonardo, "La protección legal de los discapacitados en Cuba. Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*", en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*. Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo, coordinado por los Doctores. Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo. Primera Edición, editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006.
28. Pérez Gallardo, Leonardo (director). *et al.* *Comentarios al Código Civil Cubano*, Editorial Universitaria Félix Varela, La Habana, 2013.
29. Pérez González, Ernesto. *Temas de Medicina Legal para estudiantes de Derecho*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
30. Pérez González, Ernesto. *Manual de Psiquiatría Forense*. Ediciones ONBC, La Habana, 2005.
31. Puig Brutau, J., *Compendio de Derecho Civil*. Volumen I, Bosch, Barcelona, 1987.
32. Real Academia Española (RAE). *Diccionario de la Lengua Española*. 22^a edición, versión digital autorizada a Microsoft Corporation, Madrid, 2007.

33. Rodríguez Rivera, Luis y Llibre Rodríguez, Juan de J. *Práctica médica en las demencias*. Editorial Ciencias Médicas, La Habana, 2010.
34. Rogel Vide, Carlos. *Derecho de la persona*. Editorial Cálamo, Barcelona, 2002.
35. Rogel Vide, Carlos. *Estudios de Derecho civil. Persona y Familia*. Editorial REUS, Madrid, 2008.
36. Valdés Díaz, Caridad del Carmen. “*Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana*”, en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*. Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo, coordinado por los Doctores. Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo. Primera Edición, editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006.
37. Valdés Díaz, Caridad del Carmen *et al. Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
38. Valdés Díaz, Caridad del Carmen *et al. Compendio de Derecho Civil*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

II- Publicaciones periódicas, artículos y trabajos consultados:

1. Abreu Socorro, Leidis. “*El ejercicio de la profesión notarial. Actividades notariales. Competencia del notario*.” *Revista Jurídica*, año 5, no 10, julio-diciembre de 2004.
2. China Guevara, Josefina. “*Retos y perspectivas del notariado latino en el mundo moderno*.” *Revista Cubana de Derecho* No 10 de 1994/1995.
3. Ciuro Caldani, Miguel Ángel: “*El Código civil austríaco y el Código civil argentino*”, en *Revista del Centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social*, 2005.
4. Moreno Nápoles, R.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, tutorada por Caridad del C. Valdés Díaz. Universidad de La Habana, 2007.

5. Rivas Martínez, Juan José. *“Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”*, en Ponencias presentadas por el notariado español en VIII Jornada Notarial Iberoamericana. Veracruz, México, 1998, Colegios Notariales de España, Madrid, 1998.
6. Rosabal Valdés Kenia María. *“Gradación de la capacidad restringida en el derecho civil cubano”*. Justicia y Derecho revista del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, No. 24, año 13, junio de 2015.
7. Sánchez Bergara, Sheila, *“Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifactio activa”*, Trabajo de Diploma, bajo la dirección de Leonardo Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, 2005.
8. Torres Escamez, Salvador. *“Un estudio sobre el juicio de capacidad”*, Revista jurídica del notariado, No. 34, abril-junio del 2000, España.
9. Valdés Díaz Caridad del Carmen. *“La capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad (II)”*. Justicia y Derecho revista del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, Año 9, No. 16, junio de 2011.

III- Fuentes legales:

1. Constitución de España, de 27 de diciembre de 1978.
2. Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, reformada en el año 2002.
3. Ley 59 de 16 de Julio de 1987, “Código Civil”, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 9 de 15 de octubre de 1987.
4. Ley 1289 de 14 de febrero de 1975 “Código de Familia” publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria número 35 de 24 de agosto de 1977.
5. Anteproyecto del Código de Familia de la República de Cuba, versión 26 de mayo de 2008, última versión divulgada.
6. Ley 14 de 1977 sobre Derecho de Autor.
7. Ley 50 de 1984 de las Notarías Estatales y su Reglamento.
8. Ley 51 de 1985 del Registro del Estado Civil, publicada en la Gaceta Oficial ordinaria número 50 del 22 de agosto de 1985 y su Reglamento, contenido en

- la Resolución № 157/1985 de 25 de diciembre del Ministro de Justicia, Publicación del MINJUS, La Habana, 1998.
9. Ley No. 26.657 Ley Argentina de Salud Mental.
 10. Ley No. 1616 del 21 de enero de 2013, Ley de Salud Mental de Colombia.
 11. Ley No.41 Ley de la Salud Pública de Cuba.
 12. Ley sobre Salud Mental No. 12-06 de la República Dominicana.
 13. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de España.
 14. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su protocolo facultativo, aprobada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.
 15. Código Civil de Alemania (BGB) de 1981, (edición digital)
 16. Código Civil de Francia de 1970, (edición digital)
 17. Código Civil de Costa Rica. Ley No. 5476 del 21 de diciembre de 1973.
 18. Código Civil de Chile actualizado del año 2000.
 19. Código Civil de España de 6 de octubre de 1889, 16ª edición, editorial Cívitas, Madrid, 1993.
 20. Código Civil Federal de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, texto vigente, reforma publicada Diario Oficial de la Federación, el 31 de diciembre de 2004.
 21. Código Civil de Paraguay de 1985, (edición digital)
 22. Código Civil y Comercial de la República Argentina, aprobado por ley 26.994 Promulgado según decreto 1795 de 2014.
 23. Código Civil de la República de Bolivia, Decreto Ley Nº 12760/1975 de 6 de agosto, edición de 1998.

24. Código Civil de la República de Nicaragua Código Civil de la República de Nicaragua, sancionado el 27 de enero de 1867. 4ª edición, Editorial Jurídica, (S. L), 1999.
25. Código Civil de la República de Honduras de 1899, sancionado por Decreto N° 76/1906 de 19 de enero.
26. Código Civil de la República del Perú, promulgado por Decreto Legislativo N° 295/1984 de 24 de junio, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de Jorge Palma Martínez, Ediciones y Distribuciones “Palma”, Lima, 1994.
27. Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982, editorial PANAPO, 1986.
28. Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad en España.

IV. Otras disposiciones normativas consultadas:

1. Dictamen No. 4 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles Cubanos de 2013.
2. Resolución 334 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles Cubanos, Consulta número 2 en cumplimiento del acuerdo 16 del encuentro técnico de notarios correspondiente al mes de junio, en relación con el análisis del Dictamen No. 4 de 2013, de esta Dirección.

V. Sitios webs consultados:

1. www.who.int/topics/mental_disorders/es/ Consultado el 20 de abril de 2016.
2. http://www.redconfluir.org.ar/juridico/leyes/122431_1.htm, consultada el 3 de abril de 2016.
3. <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legsila/peru/27050.htm>, consultada el 4 de abril de 2016.

4. http://www.risolidaria.org.pe/docs/ficheros/200410070010_62_0.doc, consultada 4 de abril de 2016.
5. <http://www.ilo.org/public/spanish/region/amparo/cinterfor/temas/youth/legisl/uru/iii>, consultada el 4 de abril de 2016.
6. <http://www.monografias.com/trabajos16/discapacidad-y-familia.shtml>, consultada el 5 de abril de 2016.