

La aplicación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano

Leonardo B. PÉREZ GALLARDO *

A la prof. María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN
«La justicia y el Derecho son el asiento de su trono...» (Sal. 88, 15).

Sumario

1. La necesaria sensibilización de los jueces en temas de discapacidades 2. El Alto Foro y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Pueden los jueces cubanos aplicar directamente un tratado internacional de derechos humanos ratificado por el país? 3. Capacidades diferentes y ejercicio de la capacidad jurídica: restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica. Algunos influjos en los fallos de tribunales de instancia 4. La discapacidad en la valoración judicial de la cualidad de legitimario asistencial 5. Discapacidad, salvaguardas y formalidades testamentarias 6. Discapacidad y cese de convivencia. *Post scriptum*

1. La necesaria sensibilización de los jueces en temas de discapacidades

En los últimos años, una parte importante de la producción científica de los civilistas de nuestro entorno socio-jurídico, esencialmente de aquellos que se han verticalizado en el Derecho de las personas ha versado sobre las personas con capacidades diferentes, o personas con discapacidad. El tema ha ido calando

* Universidad de La Habana, Profesor Titular de Derecho Civil. Notario.

también en el plano social. El Derecho es expresión de la realidad social como parte de la superestructura que es, responde a ella y acude en su tutela.

No cabe duda que el principal motor impulsor, desde el año 2006 hasta la actualidad, lo ha sido la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York, en el seno de las Naciones Unidas. El modelo que propone la Convención significó un renacer en la manera de ver la discapacidad, de ahí que en el propio Preámbulo (inciso e) reconoce que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Dos temas de vital interés para adecuar los modelos de regulación jurídica de la capacidad de las personas al dictado de la Convención, a saber: el sentido evolutivo del concepto, lo cual se hace incluso palpable desde 2006 a la fecha en el propio uso del lenguaje, incluso en leyes protectoras de las personas con discapacidad, remarcado después por la jurisprudencia constitucional foránea¹. Se trata de un concepto en

¹ En este orden, es dable estudiar las últimas sentencias dictadas por la Corte Constitucional de Colombia, de valor ejemplarizante en lo que vengo explicando. Así, la sent. N° C-458-15, del 22-07-15, conoció la demanda de inconstitucionalidad contra expresiones contenidas en normas, incluso protectoras de las personas con discapacidad en las que se habían utilizados términos –a juicio de los demandantes–, peyorativos de este sector de la población, al calificarlos a partir de su situación de discapacidad, así: «Los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales», «invalidez», «inválido», «minusvalía» o «discapacitados», contenidas en los artículos 26, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 y 157 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones; «personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas, con capacidades excepcionales», «personas con limitaciones» y «personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales» previstas en el artículo 1, en el enunciado del capítulo 1 del título 3, y en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 115 de 1994, por la cual se expide la Ley General de Educación; «personas discapacitadas», contenida en el artículo 4 de la Ley 119 de 1994, por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones; «limitado auditivo», «sordo» y «población sorda», que se encuentran en los artículos 1, 7, 10 y 11 de la Ley 324 de 1996, por la cual se crean algunas normas a favor de la población sorda; «personas con

continua evolución, verlo de otro modo, sería negar su propia esencia. Y segundo, el modelo social de derechos humanos que la Convención precogniza y se esfuerza en que sea incorporado por los ordenamientos jurídicos

limitación», «limitación», «minusvalía», «población con limitación», «limitados», «disminución padecida», «trabajadores con limitación», «normal o limitada», «individuos con limitaciones», previstas en el título y en los artículos 1, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 49, 50, 51, 54, 59, 60, 63, 66, 67, 69 y 72 de la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones; «población minusválida» y «minusválidos», contenidas en el artículo 29 de la Ley 546 de 1999, por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones; «invalidez» e «inválido», que se encuentran en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones; «inválido» e «invalidez física o mental», previstas en el parágrafo 4 del artículo 9 y en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales; «minusválidos» y «población minusválida», contenidas en el artículo 1 de la Ley 1114 de 2006, por la cual se modifica la Ley 546 de 1999, el numeral 7 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 6 de la Ley 973 de 2005 y se destinan recursos para la vivienda de interés social; «discapacitado», que se encuentra en el artículo 66 de la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones; «invalidez» y «minusvalía», previstas en el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012, por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional. A juicio de la Corte, «Aunque expresiones hacen parte de subsistemas normativos que buscan la protección de los sujetos a los que hacen referencia, la Corte considera que el lenguaje utilizado sí atenta contra la dignidad humana y la igualdad, pues no se trata de palabras o frases que respondan a criterios definitorios de técnica jurídica; son solamente formas escogidas para referirse a ciertos sujetos o situaciones, opciones para designar que no son sensibles a los enfoques más respetuosos de la dignidad humana. Los fragmentos acusados generan discriminación porque corresponden a un tipo de marginación sutil y silenciosa consistente en usar expresiones reduccionistas y que radican la discapacidad en el sujeto y no en la sociedad. Con ello, definen a los sujetos por una sola de sus características, que además no

les es imputable a ellos, sino a una sociedad que no se ha adaptado a la diversidad funcional de ciertas personas. No cabe ninguna duda del poder del lenguaje y más del lenguaje como forma en la que se manifiesta la legislación, que es un vehículo de construcción y preservación de estructuras sociales y culturales. Ese rol de las palabras explica que las normas demandadas puedan ser consideradas inconstitucionales por mantener tratos discriminatorios en sus vocablos. Cabe recordar que el mandato de abstención de tratos discriminatorios ostenta rango constitucional (artículo 13 de la Constitución Política) y por tanto cualquier acto de este tipo –incluso cuando se expresa a través de la normativa– está proscrito. Las expresiones usadas por el legislador no son neutrales, tienen una carga no solo peyorativa en términos de lenguaje natural, sino violatoria de derechos en términos de las últimas tendencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha asumido el enfoque social de la discapacidad. En ese sentido no podrían ser exequibles expresiones que no reconozcan a las personas en condición de discapacidad como sujetos plenos de derechos, quienes a pesar de tener características que los hacen diversos funcionalmente, deben contar con un entorno que les permita desenvolverse con la mayor autonomía posible, pues son mucho más que los rasgos que los hacen diversos y pueden ser parte de la sociedad si ella se adapta a sus singularidades y les da el valor que les corresponde como individuos, en concordancia con el derecho a la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución Política)». Por su parte, la sent. N° C-042/17, del 01-02-17, conoció de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 2, 8, 10, 12, 14, 15, 16 y 32 –todos parcialmente– y artículo 17 –en su totalidad– de la Ley 1306 de 2009, por considerar que las normas vulneran los derechos reconocidos a las personas en situación de discapacidad tanto en la Constitución Política, en los artículos 1, 13, 47, 68, 70, como en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el artículo 12, la cual, a su vez, fue aprobada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009, que hace parte del bloque de constitucionalidad. Según el escrito, las disposiciones contienen una carga de carácter peyorativo al emplear vocablos como «sufrir» y «padecer», contrariando la interpretación constitucional que la Corte habría hecho en una ocasión previa al condicionar la constitucionalidad de ciertas expresiones a una comprensión acorde a la normativa internacional vigente con miras a eliminar connotaciones negativas para referirse a quienes se encuentran en dicha situación. El problema jurídico que esta sentencia se planteó fue si el legislador había vulnerado el derecho a la igualdad y a la dignidad de las personas en situación de discapacidad, al haber utilizado: i. las palabras «afectar», «sufrir» y «padecer», que, se alegaba, contenían una carga negativa, y no abordaban la discapacidad como fruto de la diversidad humana y ii. el concepto de «discapacidad absoluta» por considerarse que no era acorde con el Derecho internacional de los derechos humanos en la materia. En su sentencia la Corte Constitucional dejó sentado que «en cuanto a la función de las expresiones ‘padece, sufran, sufre y padezcan’ en los artículos examinados, es claro que cumplen una función referencial cuyo sentido es el de indicar que los sujetos referidos tienen

una característica funcional u orgánica señalada. La interpretación literal y aislada de la palabra permitiría deducir que se utiliza una carga emotiva negativa frente a condiciones inherentes a las personas que son sujetos de las medidas de protección, pero a la luz del contexto, la lectura constitucionalmente admisible sería aquella que le dé a las expresiones un carácter simplemente referencial y no calificativo. La lectura desde el modelo social, diferencia entre la diversidad funcional u orgánica –entendiéndola como parte de la diversidad humana–, y la discapacidad. Si bien está última es concebida como una restricción de derechos y por lo tanto (...) es válido considerarla como una barrera a superar, la diversidad funcional u orgánica, es en cambio, una condición propia del individuo, que de ninguna forma puede entenderse bajo una carga emotiva negativa. En los artículos examinados, la interpretación del demandante es que las expresiones hacen una calificación negativa de condiciones que hacen parte de la diversidad humana. A partir de la diferencia conceptual que ha adoptado esta decisión y que se sustenta en una larga evolución del Derecho y de la jurisprudencia constitucional al respecto, una función calificativa de las expresiones en las normas examinadas resultaría inadmisibles, pues no es válido aceptar que la diversidad humana y sus manifestaciones sean objeto de rechazo. Sin embargo, cuando las expresiones pueden tener un significado constitucionalmente aceptable, la Corte debe guardar la expresión por el principio de conservación del derecho. En este caso, las expresiones pueden ser entendidas con un objeto simplemente referencial, con el sentido de ‘tiene(n)’ o ‘con’, y así interpretadas, desligadas de toda carga emotiva, dichas expresiones serían constitucionalmente admisibles». En el fundamento de la decisión adoptada la Corte se explaya en el sentido de que: «No es admisible la utilización de palabras cuyo significado, a la luz del contexto y objetivo de una norma, tengan el efecto de descalificar una expresión de la diversidad humana, como lo es, la diversidad funcional u orgánica de las personas. Cuando las expresiones usadas por el legislador admitan una interpretación acorde a la Constitución, la Corte debe preferir dicha interpretación. Además, el legislador debe adoptar un enfoque sensible de la dignidad humana para evitar que las leyes contengan expresiones que puedan reforzar los estereotipos y paradigmas que fomentan la discriminación y el rechazo». Por último, la sent. N° C-147-17, del 08-03-17, también discurre por los mismos senderos. En ella se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad contra la expresión «al discapacitado» contenida en el inciso noveno del artículo 2 de la Ley 1145 de 2007, por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones. En esta sentencia, la Corte Constitucional deja dicho que: «existen expresiones que no son neutrales, pues no se refieren a términos técnicos o científicos, pero son utilizadas para referirse a las personas en condición de discapacidad y pueden resultar violatorias del derecho a la dignidad humana, pues son formas lingüísticas escogidas para identificar a ciertos sujetos o grupos, pero que configuran un tipo de marginación sutil y silenciosa, con un enfoque reduccionista del ser que hace radicar su esencia en la situación de discapacidad. Bajo este supuesto, se trata de palabras que fueron incluidas en normas

jurídicas por parte del legislador y que se caracterizan por: i. no ser neutrales en términos peyorativos; ii. tienen un alto contenido emotivo o ideológico; iii. producen efectos normativos, en el sentido de que configuran una afrenta al sistema axiológico que sustenta la Carta; y iv. constituyen un escenario reduccionista y deshumanizante de la persona a quien pretende identificar (...) Esta Corporación estableció que esta expresión (al discapacitado) hacer parte de subsistemas normativas que buscan la protección de las personas en condición de discapacidad, sin embargo, el lenguaje utilizado atenta contra la dignidad humana y la igualdad, pues no responden a criterios técnicos jurídicos o científicos, sino que fueron utilizadas para referirse a ciertos grupos o situaciones que desconocen los enfoques más respetuosos de la dignidad humana (...) De esta manera, en el presente asunto, la expresión objeto de censura constitucional atenta contra la dignidad humana, pues (...) no se trata de un lenguaje que responda a criterios definitorios de técnica jurídica, sino que, por el contrario, se trata de un léxico jurídico insensible a los enfoques más respetuosos del ser humano, pues evidencia un elemento de identificación de la persona en razón a su condición de discapacidad. El fragmento acusado es la expresión de un escenario de exclusión velado y oculto, que configura una expresión reduccionista sobre una sola de las características de la persona, que además no les es imputable, puesto que aquella recae en una sociedad que no se adapta a la diversidad funcional de los seres humanos. La Corte llama la atención en relación con la ubicación normativa de la expresión demandada, pues hace parte de una ley que establece la política pública para la atención de las personas en condición de discapacidad, y que además constituye un criterio hermenéutico transversal a la misma, bajo el entendido de que los beneficiarios de las medidas de equiparación de oportunidades serán los ‘discapacitados’. En efecto, la presencia del fragmento acusado en la norma previamente descrita, genera un escenario nocivo para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, pues traza directrices inconstitucionales para la implementación y ejecución de las políticas públicas en la materia, debido a la configuración de criterios interpretativos que identifican a los beneficiarios de las mismas a partir de visiones reduccionistas y de marginación por su especial situación, y que además distorsiona el concepto de diversidad funcional, propia del sistema social de discapacidad. En ese sentido, se trata de un léxico legal que genera una mayor adversidad para las personas en situación de discapacidad, más aún si proviene de la ley que regula las políticas públicas de las cuales son destinatarios, pues ubican su situación como un defecto personal, que además, los convierte en seres con capacidades limitadas y con un valor social reducido. Esta carga peyorativa y vejatoria, propia de la palabra en cuestión, hace más difíciles los procesos de dignificación, integración e igualdad de este especial grupo. La expresión usada por el legislador no es neutral, pues tiene una carga peyorativa que además, desconoce el enfoque social de la discapacidad. En ese sentido, la palabra contenida en la disposición normativa mencionada previamente, impide reconocer a las personas en condición de discapacidad como sujetos de plenos derechos, con

internos². El viraje que se da en este orden ha permitido cambiar no solo esquemas legales, sino sobre todo esquemas mentales, sustentados en un modelo médico-rehabilitador, paternalista, excesiva y desmesuradamente tutelar, en el que se sustituyen voluntades, más que una política de acompañamiento a las personas con capacidades diferentes en la toma de decisiones, conforme con sus preferencias. Este modelo se sustenta en el valor a la dignidad inherente al ser humano (inciso f del Preámbulo), en la diversidad como *ratio esendi* de las personas con discapacidad (inciso i del Preámbulo). De ahí el lenguaje que hoy se emplea al hablar de personas con capacidades diferentes, pues, a fin de cuentas, eso somos, personas cuyas potencialidades y capacidades son distintas, y en consecuencia a partir de esas diferencias se justifica la existencia de apoyos y salvaguardas que busquen la realización de la persona, pero sin relegarla a ser actores y actrices secundarios de su propia

capacidades funcionales diversas, que requieren de un entorno que les permita desenvolverse con la mayor autonomía posible y ser parte de la sociedad si aquella se adapta a sus singularidades y les da el valor que les corresponde como personas. De esta manera, la efectividad de la dignidad humana, exige la implementación de ajustes razonables, que en este caso fueron eludidos por el Congreso al establecer expresiones denigrantes para referirse a este especial grupo, que por demás, tiene una especial protección constitucional. En conclusión, la expresión acusada es inconstitucional por utilizar un lenguaje degradante que desconoce la dignidad humana y el enfoque social de la discapacidad».

- ² En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado en el caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, sent. del 31-08-12, que «toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos (...) no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras».

vida. La reafirmación de la realización personal a través de tomas de decisiones, con el apoyo de personas afectivamente cercanas, su verdadera integración social y jurídica son cometidos de la Convención. Por ello «la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso» y «la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones» (incisos j y n del Preámbulo). Solo así se podrá incidir en una más palpable y valedera integración social. En fin, «el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas ha devenido un desafío enorme, entre otras razones porque implica la deconstrucción de una parte importante de sus principios. Y podría afirmarse que parte de esta deconstrucción se está llevando a cabo, a través de los valores que sustentan los derechos humanos»³.

Estos principios enarbolados por la Convención centellean todo el sistema de derechos humanos y se extienden a las constituciones políticas de los Estados. Eso busca la Convención, que sus principios irradien los ordenamientos jurídicos internos desde la constituciones. No se trata de proteger a ciegas a las personas con capacidades diferentes como una política de Estado, sino que esta protección se enfoque desde los derechos humanos, de manera que, a partir de la Convención, el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica, no es solo un derecho subjetivo ejercitable por el ciudadano frente al resto de la sociedad amparado por los códigos civiles y leyes especiales a tal fin, sino un derecho humano exigible también frente al Estado, y como derecho humano ha de tener no solo tutela constitucional, sino también «supraconstitucional»; su conculcación habilita al ciudadano a demandar al Estado frente a las cortes o tribunales de derechos humanos. En ese orden se hace necesario no solo la cobertura legal, sino también la sensibilidad de los jueces.

³ PALACIOS, Agustina: «El ‘derecho a tener derechos’. Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyos». En: *Derechos de las personas con discapacidad*. Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, 2017, p. 25.

Si se lee con detenimiento lo expresado en el inciso k del Preámbulo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad se constata como desde él se deja sentada la preocupación de «que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo», o sea, que hasta la fecha de aprobación de la Convención –y diría que incluso aun después–, cuesta que las personas con capacidades diferentes logren una verdadera integración social. Como denuncia el modelo de derechos humanos, la discapacidad no es un tema de la biología humana, la clave está en la sociedad. Es la sociedad la que en el interactuar de la persona con discapacidad coloca barreras, impone obstáculos, multiplica los valladares con los cuales las personas con capacidades diferentes colisionan en su diario actuar a los fines de concretar las más disímiles actividades de la vida diaria. Y no se trata tan solo en el derecho a la libre accesibilidad en el orden estructural-funcional. Me refiero en el mero desenvolvimiento de las personas, en su libre actuar e incluso en la libre configuración de los actos jurídicos de los que son protagonistas, y en el mejor de los casos se les protege a través de otras personas que no hacen sino sustituir la voluntad de aquellos, sobre todo en lo que concierne a personas con discapacidades psíquicas e intelectuales.

La modulación del ejercicio de la capacidad jurídica es uno de los retos que impone la Convención. Vivimos en un mundo lleno de matices. Es imposible entonces que las personas en razón del ejercicio de su capacidad jurídica sean simplemente capaces o incapaces como si de una ecuación trigonométrica se tratara; de ahí la posibilidad de que sean los jueces los que restrinjan o restituyan –según el caso que se someta a su foro de actuación–, parcialmente el ejercicio de la capacidad jurídica, según las potencialidades de la persona. Se trata de modular, modificar, ajustar a las posibilidades de actuación el ejercicio mismo de dicha capacidad jurídica. Como sostiene PALACIOS, «la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad ya no permite preguntar si la persona con discapacidad tiene la capacidad para ejercitar su capacidad jurídica, sino que redirecciona la pregunta a dilucidar qué requiere

la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica»⁴. Los jueces han de ponerse entonces el traje de orfebres y esculpir en arcilla la pieza que se adecue al torso de cada persona, sin ideas preconcebidas, sin prejuicios, sin estereotipos.

En el entorno cubano se va avanzando, no lo niego, y de ello dan fe las sentencias que se han ido dictando en los últimos años, pero aún falta mucho. Ante todo se impone una cabal reforma a las leyes sustantivas y procesales que permitan ajustar los dictados de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad a nuestro ordenamiento interno, arcaico y desfasado de los reclamos que en materia de discapacidad se exigen desde el Derecho. Y no solo a partir de la Convención, sino también en las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad⁵.

Empero, para avanzar se necesita ante todo sensibilidad humana. Los jueces no solo deben tener conocimiento del tema, han de estar al día en los estudios doctrinarios sobre discapacidad, tener herramientas jurídicas de la mano, saber interpretar el Derecho, integrar los principios generales y ahondar en la aplicación no solo del Derecho interno sino también de los tratados internacionales de derechos humanos. Pero, aun todo ello, se hace imprescindible la sensibilidad del juez, más allá del sentido de una norma legal. Se impone entender la discapacidad, desterrar temores y esquemas geoméricamente trazados. Así, de la resolución que modifica el ejercicio de la capacidad jurídica, no puede pretenderse que describa al dedillo el actuar futuro de esa persona, siendo suficiente trazar líneas directivas, incluir categorías sobre los actos jurídicos para los cuales necesitaría apoyo, pero es impensable que en ella se disponga como la sombra al cuerpo cómo será el discurrir de la vida de la persona cuyo ejercicio de la capacidad jurídica se modula. Hay que romper

⁴ PALACIOS: ob. cit., p. 24.

⁵ En la citada sent. (Caso Furlan y familiares vs. Argentina), la Corte expresa: «los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación».

con el maniqueísmo judicial a cuyo tenor resulta más sencillo declarar judicialmente incapacitado ante el menor asomo de una discapacidad intelectual o psíquica, para ello el artículo 12.4 de la Convención –al regular las salvaguardias a las que pueden estar sujetos las personas con discapacidad–, deja dicho que «Esas salvaguardias (...) se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas». De ahí la necesidad de una revisión periódica que permita ajustarlas a las circunstancias que se impongan en cada momento.

En este proceso de sensibilización con los temas vinculados con la discapacidad, se hace necesario además la formación que los jueces puedan tener. Como agudamente ha apuntado PEREÑA VICENTE:

La formación ha de existir no solo para quienes ejercen o vayan a ejercer en el futuro los cargos tutelares o de apoyo si llegan a denominarse así, sino para todos los actores implicados. En especial para jueces y fiscales que, además de formación, para poder individualizar realmente las medidas han de trabajar con un equipo multidisciplinar, de modo que exista una visión de la discapacidad en movimiento, es decir, no solo que conozcan el origen o diagnóstico de la discapacidad sino cómo se va a manifestar la misma y sus síntomas en el día a día de la persona, en qué medida afectan a su percepción de la realidad y su proceso de toma de decisiones, qué alteraciones produce la enfermedad en las relaciones con la familia y el entorno, cuál es el grado de aceptación y conciencia de la propia enfermedad y, en consecuencia, si existe o no aceptación de un tratamiento; cuál es la situación económica y laboral, si ha recibido formación, la edad en la que se ha manifestado la discapacidad; el grado de socialización; la dependencia que la misma genera para actos de la vida cotidiana⁶.

⁶ PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La incidencia de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el sistema español de incapacitación judicial». En: *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Nº 7, año IV. Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, 2ª circunscripción. Rosario, 2012, pp. 76 y 77.

Los jueces requieren, además, interiorizar en la necesidad de dar riendas a las personas con discapacidad. Los tiempos imponen abogar por el apoyo, el auxilio en la toma de decisiones, el respeto a la diferencia⁷ y el actuar conforme con las preferencias. No podemos hacer con el prójimo lo que no queremos que nos hagan nosotros. En la misma medida que respetemos esas preferencias y esas decisiones, nos estaremos respetando nosotros mismos. Los jueces son sensores, son la boca de la ley, compete a ellos construir las herramientas judiciales con las que se viabilicen las expectativas que hoy día tienen las personas con capacidades diferentes para afianzar su propio yo y vivir su vida en tiempo presente y en primera persona.

2. El Alto Foro y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿Pueden los jueces cubanos aplicar directamente un tratado internacional de derechos humanos ratificado por el país?

Al decir de PÉREZ SILVEIRA al comentar el artículo 20 del vigente Código Civil cubano:

⁷ Como expresa LIDÓN HERAS, Leonor: *La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*. Editorial Universitaria. Madrid, 2011, p. 151, «el valor real de la diferencia en la sociedad se mide a través del goce de los derechos y respeto de cada individuo. Así, el reconocimiento de la diversidad requiere la radical aplicación del principio de igualdad, lo que supondrá un mapa social más rico y fortalecido, ya que se definen espacios en los que cabe la participación de todos, mediante la real y efectiva equiparación de oportunidades». Igualmente, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. 3ª, TSJ. Caracas, 2010, pp. 690 y 739, cita a KIPER para quien debe reconocérseles el derecho a la diferencia, a fin de restablecer al máximo la igualdad de derechos. El derecho a ser diferente y el respeto por la dignidad de la persona han de imponerse en una nueva concepción donde la ley, solo sea el punto de partida hacia una hermosa realidad: la integración de aquellos seres que reclaman un espacio especial en la sociedad. Sobre el tema *vid.* también JELONCHE, Paola H.: «Diversidad intelectual, autonomía y nuevo rol del asesor legal». En: *Revista Académica Discapacidad y Derecho*. N° 4. IJ Editores. Buenos Aires, 2007, versión digital, <http://www.ijeditores.com.ar>.

... la eficacia de la norma internacional dependerá de la forma en que se acepte, se recepcione y se cumpla en y por los Estados destinatarios, proveyéndola de los efectos requeridos. A tal fin deberá establecerse una adecuada conformidad o integración con el Derecho nacional, como reflejo de los compromisos internacionales asumidos por el Estado. Su adecuación no deberá limitarse a la mera sincronía entre unos y otros, sino también extenderse a resolver aquellos supuestos en los que el ordenamiento interno precise de solución ante la existencia de conflicto entre las normas internas y el tratado, como también a los casos en los que este último requiera del desarrollo de normas internas para ser ejecutables. En segundo lugar, en pos de la referida eficacia, y proyectado hacia sus efectos, los órganos del Estado deberán igualmente quedar investidos de funciones internacionales, que se añaden a las que deberán cumplir por su propia naturaleza y competencia en el orden interno (...) a los efectos de observar y proceder al cumplimiento de lo dispuesto en sus normas. Es de destacar la importancia que representa la existencia de una coherencia, entre la asunción de obligaciones en el plano internacional, a partir de la incorporación y la ratificación a un tratado, y su debido cumplimiento por parte de los Estados. Sería inadmisibles que un Estado que ha adoptado determinadas obligaciones en el plano internacional, interprete, realice actos o adopte disposiciones que resulten contrarias a dichas obligaciones y consecuentemente, coloque a las normas internacionales en una especie de compartimentos estancos⁸.

O sea, ante todo se impone la necesaria recepción en el ordenamiento interno de un tratado internacional ratificado por Cuba, lo cual implica la necesaria coherencia —a que PÉREZ SILVEIRA se refiere—, en la noción de sistema jurídico. No obstante, y ante la falta de armonía entre el tratado internacional y el ordenamiento jurídico doméstico, la labor de los tribunales puede contribuir a paliar estos efectos nocivos, en tanto que, ratificado un tratado internacional,

⁸ PÉREZ SILVEIRA, Maelia Esther: «Comentarios al artículo 20». En: *Comentarios al Código Civil cubano*. Tomo I (Disposiciones preliminares. Relación jurídica), vol. I (artículos del 1 al 37). Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, director. Félix Varela. La Habana, 2013, pp. 311 y 312.

forman parte sus disposiciones del Derecho de ese Estado. Particular relieve tendrían dentro de estos tratados, aquellos reguladores de derechos humanos.

Como aduce en la muy reciente doctrina patria ROMERO PUENTES:

En cuanto a la forma de incorporación al Derecho interno, el tratado puede ser auto-aplicativo –*self-executing*– o no aplicativo. Como ya se conoce, con base en el principio de la soberanía de los Estados, los mismos necesitan la cumplimentación de ciertos aspectos formales para poder ingresar al orden jurídico interno de los Estados, dependiendo del sistema de recepción. Sin embargo, esta regla no es aplicable a todos los tratados. Hay tratados sobre ciertas materias que no necesitan de acto formal alguno para ser vinculantes a los órganos internos de los Estados. Ciertamente, existen contenidos como los relativos a (...) los derechos humanos que se han aplicado directamente por los tribunales nacionales. En Cuba (...) no se identifica alguna norma que prohíba la aplicación directa de ciertos tratados internacionales que tengan las características antes mencionadas. No obstante, a la práctica judicial dejamos la última palabra⁹.

Parece ser que la práctica judicial, en efecto, ha tenido la última palabra y ha acudido a los tratados internacionales para colmar las lagunas que el Derecho interno, tanto civil como familiar cubano tienen¹⁰, de modo que, *verbi gratia*, determinadas acciones familiares han sido ejercitadas con éxito, precisamente amparadas en tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos

⁹ ROMERO PUENTES, Yunier: *Derecho Internacional Público. Parte general*, p. 175 (en imprenta).

¹⁰ Sobre el tema, en el Derecho patrio, *vid. per omnia*, DIHIGO, Ernesto: «Valor de los tratados ante los tribunales nacionales». En: *Revista Cubana de Derecho*. Año XXXVIII, N° III (100). La Habana, 1956, pp. 32-54. El célebre autor concluía en su trabajo que los tratados internacionales, para ser válidos y efectivos ante los tribunales nacionales, habrían de ser aprobados conforme con las reglas constitucionales de cada país y para surtir efectos en relación con los individuos particulares, habrían de ser debidamente promulgados o publicados. En la nota 18 del trabajo, el autor consigna sentencias y autos en los que los tribunales de instancia o el propio Tribunal Supremo habían interpretado y aplicado tratados internacionales, en concreto, *vid.* pp. 53 y 41, respectivamente.

del Niño o, en otro caso, enervadas sobre la base de la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹¹. Siendo estos tratados, de derechos humanos, y en consecuencia tratados autoaplicativos, tras su ratificación por la República de Cuba¹², forman parte del Derecho aplicable por los tribunales cubanos. Especial merecimiento tiene en este estudio la aplicación por el Tribunal Supremo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha abierto nuevos espacios para releer la discapacidad en el Derecho cubano.

3. Capacidades diferentes y ejercicio de la capacidad jurídica: restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica. Algunos influjos en los fallos de tribunales de instancia

Por la impronta que ha tenido este fallo judicial, comienzo el análisis de las sentencias en las que la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo ha aplicado directamente la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de modo paradigmático con la sent. N° 752, de 30 de septiembre de 2016¹³. En dicha sentencia se aplican los artículos 1 y 12 de la Convención.

¹¹ Sobre este tema en el orden del Derecho familiar la respuesta que ha dado el Tribunal Supremo *vid.* lo que ya he escrito: «El Derecho familiar cubano y los nuevos tiempos: El brío jurisprudencial». En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año IX, N° 6. La Ley. Buenos Aires, 2017, pp. 65-89.

¹² Al respecto, en el contexto venezolano *vid.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN: *ob. cit.* (*Ensayos sobre capacidad...*), p. 697, y DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria y TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel: «Aspectos generales del régimen legal de la discapacidad (especial referencia al autismo)». En: *Revista de Derecho*. N° 34. TSJ. Caracas, 2012, pp. 164 y 165.

¹³ Un comentario más explícito de esta sentencia puede consultarse en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y establecimiento de apoyos en función de asistencia: La inédita solución, para Cuba, del Tribunal Supremo que abre las puertas a la aplicación directa del artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comentarios a la sentencia N° 752 de 30 de septiembre de 2016 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)». En: *Derecho de Familia (Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia)*. N° 79. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2017, pp. 271-291.

Se trata de un proceso sobre restitución del ejercicio de la capacidad jurídica de una persona con esquizofrenia paranoide en una etapa en que se ha restablecido de los episodios o brotes, en el entorno que ofrece un ordenamiento jurídico como el cubano que no ha adaptado el Derecho interno a los principios o postulados de la Convención. La procedencia de la restitución parcial del ejercicio de dicha capacidad, vista esta con una nueva mirada que pretende dar una visión más inclusiva, más social, más holística de las personas con capacidades diferentes, comprendido el ejercicio de la capacidad como un derecho humano y expresión de una de las libertades fundamentales de las personas. Todo ello inspirado en un modelo de inserción social en colisión con el modelo tradicional de la incapacitación, como mecanismo de suplencia o sustitución de la capacidad de obrar, lo que obliga a adoptar un sistema de apoyo o asistencia en la puntual proporción que la persona lo demande, según las específicas circunstancias en ella concurrentes, para el acto o negocio a cometer, realzando como premisa que solo requieran de ayuda temporal y en determinadas esferas de actuación, lo que encuentra asidero legal en el artículo 12.3 del expresado instrumento internacional, de obligado acatamiento para las naciones que la ratificaron.

En efecto, ante la solicitud por la tutora de una persona judicialmente incapacitada, de la restitución del ejercicio de la capacidad jurídica de su pupila¹⁴,

¹⁴ Tómese en cuenta la peculiar naturaleza de este proceso incoado en la instancia por la tutora y que responde al deber que le compete *ex lege* (artículo 153.2 del Código de Familia) de procurar por el restablecimiento del ejercicio de la capacidad de la persona sometida a tutela que en el orden procesal se traduce en la incoación de un proceso de esta naturaleza, si bien en el caso lo que correspondía, como atinadamente falló el Tribunal Supremo era la restitución parcial del ejercicio de la capacidad. Se trata de un proceso ordinario, cuya sentencia tiene eficacia constitutiva y cuya finalidad es modificar la situación de incapacitación de una persona, ya sea por haber cambiado las circunstancias que motivaron el establecimiento de tal estado civil, y en consecuencia haber recuperado plenamente el ejercicio de la capacidad jurídica, o por darse una situación de naturaleza modificativa, en tanto se pretenda adecuar la resolución judicial a las potencialidades o capacidades de la persona. Si bien, como se sostiene en la doctrina científica la finalidad de estos procesos es conseguir una nueva resolución judicial que adapta la situación de la persona con discapacidad a las nuevas circunstancias según el dictado del artículo 12 de la Convención de los Derechos de las

diagnosticada con esquizofrenia paranoide que se vale por sí misma, no muestra alteraciones del contenido del pensamiento, y exhibe mejoría evidente de su trastorno psicótico; equilibrio y estabilidad que le ha permitido al tiempo el ejercicio de una actividad laboral por cuenta propia, como repasadora de idioma inglés, cumpliendo de forma diligente sus obligaciones tributarias, se proyecta de forma coherente y respetuosa en la comunidad, con suficiente integración al entorno social, asume labores ordinarias del hogar, y que atiende adecuadamente a su hijo, pero, sin duda alguna, diagnosticada como le ha sido una enfermedad mental de esquizofrenia paranoide cuya principal característica es que afecta la personalidad del individuo en el área de su psicología, con síntomas de orden positivo, a través de delirios y alucinaciones, y negativos, en el sentido de evidenciar déficits cognitivos en la persona que la padece, con el paso del tiempo, y que como regla se conservan tanto la claridad de la conciencia como la capacidad intelectual, sin embargo, de seguir el tratamiento prescrito por los especialistas, los síntomas pueden prevenirse y evitarse, como de igual manera si se abandona es probable que reaparezcan, de manera que, siendo episódico el curso del mentado padecimiento con remisiones que pudieran ser parciales, completas o crónicas, hace entender al tribunal que ciertamente concurre en el caso la causal de restricción de la capacidad de obrar prevista en el artículo 30 inciso b, del Código Civil, por razón de enfermedad mental, cual indica que el sujeto que la sufre, si bien no goza a plenitud de la capacidad de hecho, tampoco son nulas sus aptitudes para el ejercicio de todos los derechos y obligaciones que comprende, lo que se traduce en que podrá realizar determinados actos y cumplir las específicas obligaciones que su horizonte de discernimiento le permita, actuación que ha de entenderse válida y eficaz a todos sus efectos en el tráfico jurídico, fijándose además al amparo del artículo 12.3 de la Convención de los Derechos de

Personas con Discapacidad, su fundamento está en proteger la dignidad inherente y la integridad moral de la persona, potenciar su propia autonomía y poder de decisión conforme con las circunstancias que operen en cada momento. De ahí lo circunstancial de la revisión judicial de la sentencia (*vid.* artículo 12.4 de la propia Convención). Para un estudio del tema desde una arista procesal, *vid.* BANACLOCHE PALAO, Julio: *El proceso de reintegración de la capacidad de obrar. (Doctrina, jurisprudencia, formularios)*. Aranzadi. Pamplona, 1998.

las Personas con Discapacidad a cuyo tenor se establece la posibilidad de los Estados partes de fijar apoyos que asistan en determinados actos a la persona a la que se le restringe en el ejercicio de la capacidad jurídica —en el caso concreto que se juzga que se le restituya parcialmente dicho ejercicio—, sin los cuales dichos actos no tendrán eficacia alguna.

En dicho fallo, el Alto Foro sienta como doctrina que más que la propia enfermedad que pueda padecer el individuo, prevalece la aptitud necesaria para obrar por sí mismo, para actuar libremente acorde a la voluntad de querer o hacer determinada cosa. En este orden, ha de prevalecer la flexibilidad del estatuto de la incapacitación, pues el diagnóstico de una enfermedad mental o trastorno psíquico no debe interpretarse, sin más, como sinónimo de discapacidad, ni que impida a la persona enferma gobernarse por sí, en el alcance posible, validar lo contrario se traduce en apartarse de proceder con absoluto apego al beneficio y respeto de salvaguardar la dignidad y autonomía de la persona, básica expresión de su libertad e igualdad como derechos fundamentales.

Constituye un rigor excesivamente formalista hacer coincidir el estado de enfermedad que padece la persona con una declaración de incapacidad absoluta, cuando las circunstancias clínicas y de hecho que rigen su actual conducta, no mutilan en toda su extensión sus facultades cognoscitivas y volitivas de modo que afecte completamente su potencialidad de entender o querer; base fáctica que en recta observancia de los postulados de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad —de la que Cuba es signataria— inclina a sentar una graduación de su restringida capacidad, con el primordial objetivo de evitar una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica de la persona judicialmente incapacitada, en apoyo a su participación plena y efectiva en la sociedad, y en análogas condiciones con los demás. Por consiguiente, ha de ponderarse que se ha revertido la situación jurídica previamente declarada, en su beneficio, y que es capaz para obrar por sí, en la extensión y límites que su nivel de discernimiento le permita; sin que la enfermedad de esquizofrenia paranoide que tiene diagnosticada, trunque por sí, de forma perpetua, toda posibilidad de reinserción social, familiar y laboral, como dejan sentado las sentencias de las inferiores instancias, contrario a lo que

preconiza la estructura normativa del citado instrumento internacional, desde el propósito que sienta en el artículo 1, y demás principios y regulaciones que lo integran a fin de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Llama la atención en la sentencia que se comenta la aplicación directa de la Constitución y del artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin duda, en los últimos años, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo ha empleado en la fundamentación jurídica de sus sentencias la Constitución de la República, de modo que la Carta Magna ha dejado de concebirse como un programa político, para ser aplicada como norma jurídica que es. Tómese en cuenta que la Constitución es la suprema norma de un Estado, pero en esencia es también una norma jurídica que en respeto al principio de jerarquía normativa sienta las pautas para un desarrollo legislativo que le complementa a través del principio de reserva de ley. Las normas constitucionales también pueden dar cobertura y servir de sustento a los fallos judiciales. Como en el Derecho patrio advierte la profesora PRIETO VALDÉS «no existe disposición constitucional o legal que impida la realización o eficacia directa de la voluntad popular constituyente. Todo lo contrario. No hay fundamento constitucional para no invocarla; no hay nada que limite para que ella sea, como debe ser y fue concebida, como disposición normativa superior del ordenamiento jurídico, expresión cimera del Derecho vigente»¹⁵.

En efecto, en la segunda sentencia, o fallo que el Supremo Tribunal dicta al anular la sentencia de instancia por una razón de infracción de ley, y restringir el ejercicio de la capacidad jurídica –*rectius* restituir parcialmente el ejercicio de la capacidad jurídica–, amparado en el artículo 30 inciso b, del vigente Código Civil, tuvo que acudir a la autointegración del Derecho al no encontrar una solución concreta en el Código de Familia que solo regula la tutela

¹⁵ PRIETO VALDÉS, Martha: «En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario». En: *Revista Cubana de Derecho*. N° 31. Unión Nacional de Juristas de Cuba. La Habana, 2008, p. 14.

como institución de guarda y protección para los menores de edad, no provistos de progenitores con titularidad y ejercicio de la patria potestad, y para los mayores de edad, judicialmente incapacitados. En ambas circunstancias, la tutela se erige desde una visión positivista en la única figura tuitiva de la persona y bienes. Ahora bien, teniendo en cuenta que no procedía en el caso mantener a la incapacitada en el régimen de incapacitación y someterla a la tutela, pues:

... si bien no es totalmente incapaz, al quedar dictaminado según eficaz criterio de experticia que su facultad cognoscitiva no está sustancialmente disminuida (...) cierto también es, que no es plenamente capaz, diagnosticada como le ha sido una enfermedad mental de esquizofrenia paranoide cuya principal característica es que afecta la personalidad del individuo (...) ello hace entender que ciertamente concurre en el caso la causal de restricción de la capacidad de obrar prevista en el artículo 30, inciso b, del Código Civil, por razón de enfermedad mental, cual indica que el sujeto que la sufre, si bien no goza a plenitud de la capacidad de hecho, tampoco son nulas sus aptitudes para el ejercicio de todos los derechos y obligaciones que comprende, lo que se traduce en que podrá realizar determinados actos y cumplir las específicas obligaciones que su horizonte de discernimiento le permita, actuación que ha de entenderse válida y eficaz a todos sus efectos en el tráfico jurídico... (segundo considerando).

Empero, en tales circunstancias sobre la base de la aplicación directa de los artículos 9a, tercer apartado; 41 y 42 de la Constitución, el primero de los cuales, a cuyo tenor el Estado ha de garantizar a los ciudadanos «la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad», o sea, a tono con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la libertad y a la dignidad, aplicada en el caso conforme con el interés superior de las personas con discapacidad y los otros dos, al refrendar los principios de igualdad y no discriminación, respectivamente, ambos con realce en los casos de personas con discapacidad, los que vienen en sustento del fundamento de

la sentencia, para lo cual el Supremo Tribunal decide emplear la figura de los apoyos, como vía idónea para viabilizar el libre desarrollo de la personalidad de las personas en situación de discapacidad, potenciar su autonomía, y su libertad en la toma de decisiones relativas a su persona y bienes, con el debido auxilio o colaboración que los apoyos designados puedan brindarle. O sea, el Supremo Tribunal, ante la ausencia de instituciones de guarda y protección, decide recurrir a valores o principios constitucionales que consagran derechos fundamentales de las personas, con especial énfasis en personas en situación de vulnerabilidad, sustentada en su situación de discapacidad. Como expresa PRIETO VALDÉS: «En ningún momento se ha formulado impedimento, ni se puede, de interpretar las disposiciones legales y generales conforme con la Constitución, o desde la Constitución, sino que ella puede –y debe– emplearse como norma patrón en caso de lagunas o desregulaciones conscientes y de contraste ante antinomias, a los efectos de encontrar la solución al caso»¹⁶.

No es de extrañar, entonces, que en la segunda sentencia, dictada por el Supremo Tribunal, en sustitución del tribunal de instancia, echara manos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 12.3 y fijara apoyos alternativos –madre y hermano de la persona a la que se restituyó parcialmente el ejercicio de la capacidad–, rompiendo así la inercia que en este orden existe en el Derecho cubano. A juicio del Tribunal:

... aun sobre la orfandad del ordenamiento positivo cubano en sede familiar en lo que concierne a un sistema plural de protección de cara a tutelar a la persona en la justa medida de su necesidad, ha de observarse la previsión legal del artículo 12, apartado uno, en relación con el 20, ambos del Código Civil, para la aplicación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya mencionada, cuyo contenido se erige sobre el modelo de la inserción social en colisión con el modelo tradicional de la incapacitación, como mecanismo de suplencia o sustitución de la capacidad de obrar, y obliga a adoptar un sistema de apoyo o asistencia en la puntual proporción que la persona lo demande, según las específicas circunstancias

¹⁶ Ob. cit., *passim*.

en ella concurrentes, para el acto o negocio a realizar, realizando como premisa que solo requieran de ayuda temporal y en determinadas esferas de actuación, lo que encuentra asidero legal en el artículo 12, apartado tres del expresado instrumento internacional, de obligado acatamiento para las naciones que la ratificaron, de ahí que nos resulte jurídicamente vinculante en relación con los derechos y sujetos que protege...

Y a tal fin, vale hacer las siguientes acotaciones con valor incidental o «prejudicial»:

i. La discutida aplicación al caso del artículo 12.1 del Código Civil, relativo a la ley aplicable a la capacidad de las personas que establece como punto de conexión la ciudadanía, y que es una norma conflictual, que en nada atañe a un caso en el que no hay elemento extranjero alguno en la relación jurídica.

ii. La interpretación *lato sensu* del artículo 20 del propio Código Civil, para dar prioridad a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad frente a las normas contenidas en el Código Civil. En primer lugar, el artículo 20 da carácter prioritario a los tratados internacionales cuando su regulación difiera de las normas conflictuales de Derecho Internacional Privado reguladas en los artículos 12 al 19 del Código Civil, que son precisamente los artículos que anteceden al 20 cuya materia de regulación es en este orden. En tal sentido, habría que precisar si la invocación del artículo 20 es posible ante cualquier institución del Derecho Civil, o solo para los casos en que se apliquen normas de Derecho Internacional Privado, pues no son sino estas normas a las que se refiere expresamente dicho artículo. Compartiría el criterio de que el tratado ha de tener jerarquía constitucional y como tal ser preeminente frente al Derecho interno, máxime si se trata de una convención o tratado internacional, protectora de derechos humanos, como la que atañe a los derechos de las personas con discapacidad, pero ello, en principio, no podría ser invocado con la letra del artículo 20, la cual, por demás, es diáfana. Invocar este artículo como cauce que permita dar preeminencia a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre la base de la regla conflictual contenida en el artículo 12 del Código Civil parece exagerado

y forzado. Tómese en consideración que lo que busca el Supremo Tribunal es dar cauce a los apoyos a que se refiere el artículo 12.3 de la Convención y en tales circunstancias la norma que se complementa sería el Código de Familia y no el Código Civil, pues las instituciones de guarda y protección tienen su sede, desde 1975, en el citado Código de Familia.

No obstante, y aun estas disquisiciones teórico-normativas, la solución dada por el juzgador parece atinada, justa, centrada en los nuevos escenarios y conforme con la tuición de los derechos de las personas con discapacidad.

¿Competía a nuestro Supremo Tribunal hacer un control de convencionalidad?

El tema del control de convencionalidad en el Derecho cubano merece un estudio detallado. Al firmar Cuba un tratado o convención internacional como la de los derechos de las personas con discapacidad, en virtud del principio *pacta sunt servanda* se ve ineludiblemente compelida a ajustar su Derecho interno a los postulados de la Convención. Urge en tal sentido una reforma al Código Civil y al Código de Familia, y consecuentemente a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico que se ajuste al nuevo modelo de inserción social de las personas con discapacidad y que recepcione los principios de la Convención, tanto en el orden sustantivo como en el procesal, y también cabe apuntar en el ámbito de actuación notarial. El Derecho Civil y el Familiar cubanos no tienen sistematizadas las acciones de protección a este sector vulnerable de nuestra población. Sigue aferrada la idea de la tutela como institución «protectora» de las personas incapacitadas. Aun cuando el artículo 30 regula la restricción al ejercicio de la capacidad, hasta esta sentencia, el artículo no había sido realmente aplicado, y en aquellos escasos supuestos en que al menos se había citado, inadecuadamente aplicado. La ausencia de normas en el Código de Familia, a tono con el artículo 30 del Código Civil, hizo inviable la figura, extraordinariamente novedosa en 1987 cuando se sanciona el Código.

El Supremo Tribunal rompe de este modo esquemas conceptuales, anclados en la costumbre, el imaginario social y los prejuicios discriminatorios hacia

las personas con discapacidad. Irrumpe estrepitosamente en la concepción binaria capacidad-incapacidad, extendida entre los operadores del Derecho, que no vieron el sello de novedad de la fórmula del artículo 30 del Código Civil, en estado de «criogenación» por 30 años y que desde esa fecha protagonizaba en el panorama hispanoamericano una verdadera ruptura con esa concepción binaria sobre el ejercicio de la capacidad jurídica.

No obstante, no se aventura el Alto Foro en hacer un control de convencionalidad, dada la no incorporación de los principios de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico civil y familiar cubano y a la vez la colisión con el Derecho interno. Como apunta el juez peruano BEJAR ROJAS en su sentencia al estudiar la figura jurídica del control de convencionalidad como una forma de dar contenido a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación asumidas por un Estado al suscribir y ratificar un tratado internacional. Tal control:

... está referido a que los jueces nacionales, en su calidad de representantes del Estado, se encuentran en la obligación de preferir las normas de las convenciones internacionales de derechos humanos a las normas provenientes de su Derecho interno, esto en razón, de que el Estado tiene la responsabilidad de disponer la adecuación de su Derecho interno en aras de cumplir con sus obligaciones internacionales, asumidas al suscribir y ratificar las convenciones de derechos humanos, conforme al principio de Derecho internacional de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado¹⁷.

¹⁷ 3° Juzgado de Familia de Cusco, sent. N° 32, del 15-06-15, exp. N° 01305-2012-0-1001-JR-FC-03. Sentencia laudable en el orden técnico y axiológico. Verdadera obra de orfebrería jurídica. El Juzgado conoce la demanda en proceso de interdicción interpuesta por M. R. C. V. contra W., R., C. y M., de apellidos V. C., con la pretensión de declaración judicial de interdicción civil y nombramiento de curador, a efectos de que se declare interdictos a W. y R. por tener esquizofrenia y se nombre como curadora a la demandante. M. R. C. V., madre de los demandados W. y R., de 47 y 45 años de edad respectivamente, concebidos dentro del matrimonio con quien en vida fue J. P. V. L., ambos con esquizofrenia paranoide, en el caso de W., desde los 20 años de edad y en caso de R., desde los 18 años de edad, enfermedad que limita de sobremanera a los

Se trata de dar preeminencia a las normas contenidas en un tratado o convención internacional frente al Derecho interno, dado el incumplimiento por ese Estado de los deberes jurídicos que la suscripción de esta Convención le impone, entre ellos, el debido ajuste o adecuación del Derecho interno a los dictados de la Convención, como ha acontecido con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. El control de convencionalidad tiene su sustento en el compromiso internacional asumido por los Estados cuando suscriben una convención o tratado internacional y el principio *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y a lo previsto en el artículo 27 de la propia Convención de Viena, según el cual, las disposiciones internas de un Estado no pueden invocarse para incumplir el compromiso internacional.

Ahora bien, al atribuírsele este control de convencionalidad a los jueces se está en presencia de un control difuso de convencionalidad *ex officio*, es decir, aunque las partes no lo pidan, los jueces deben analizar si una ley va o no en contra de una convención internacional de derechos humanos. Eso sí—como sostiene el juez BEJAR ROJAS en su mítica sentencia N° 32, citada *supra*—, no debe perderse de vista que la aplicación del control difuso de convencionalidad:

... está referida a la aplicación de toda convención de derechos humanos que haya sido suscrita y ratificada (...) en ese contexto (...) la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad se encuentra suscrita

demandados para valerse por sí mismos, y les genera una absoluta incapacidad mental. Los demandados son mayores de edad, viven en el domicilio de la demandante, no teniendo bienes a su nombre; siendo que ambos demandados se encuentran dentro de los presupuestos para declararlos civilmente interdictos. Que estando a la designación de curador para los demandados para lo cual propone sea la recurrente, quien cuenta con suficiente solvencia moral y económica. El motivo por el cual se solicita la interdicción de los demandados es a fin de que pueda tramitarse a su favor la pensión de orfandad por incapacidad de su causante, su progenitor, por el Poder Judicial y la Oficina de Normalización Previsional, esto en razón que se les exige para acceder a la referida pensión como requisito adjuntar la resolución judicial de interdicción de sus hijos y nombramiento de curador.

y ratificada por el Perú (aplicable *mutatis mutandis* a Cuba) (...) constituye un tratado internacional de derechos humanos jurídicamente vinculante que aborda de manera específica los derechos humanos de las personas con discapacidad, por tanto, el Perú está obligado a cumplir con las normas y declaraciones que allí se registran. Esto queda claramente establecido en el artículo 4 de la Convención, de cuyo contenido se aprecia que los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; incluyendo medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; así como, abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella. En consecuencia, la Convención provee a las personas con discapacidad un marco más amplio sobre la legislación nacional, y otorga un marco jurídico de mayor relevancia ante el cual recurrir y utilizar. Por ello, a fin de resguardar el cumplimiento de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad, es posible hacer uso del control difuso de convencionalidad, verificando en cada caso concreto si lo establecido por la legislación interna, es incompatible con lo señalado por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y afecta a la dignidad y derechos intrínsecos de la persona con discapacidad...

Si bien en la sentencia N° 752, *in commento*, los jueces no hacen uso de un control difuso de convencionalidad como correspondía en el caso –amén de que Cuba no forme parte del sistema de justicia internacional establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, el resultado ha sido el mismo. Es decir, los jueces aplicando de manera directa preceptos de la Constitución cubana que enarbolan derechos fundamentales de las personas, han

apartado el ordenamiento interno y han aplicado el artículo 12.3 de la Convención para dar respuesta a la situación jurídica creada cuando previamente han declarado procedente anular el auto de incapacidad que declaraba tal estado civil y consecuentemente, el auto de tutela por el que se le había nombrado a su madre como tutora, al preverse la restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y por ello declararse a la primera con capacidad de obrar restringida, sometiéndola a un sistema de apoyos para determinados actos personales, de sostenimiento y patrimoniales, que podría realizar consciente y voluntariamente, asistida, eso sí de su señora madre y supletoriamente, de su hermano.

El alcance de este pronunciamiento judicial ha irradiado a los tribunales de instancia, vale reseñar la sentencia N° 86, de 27 de abril de 2017, de la sección de lo civil del Tribunal Municipal del Cerro, provincia La Habana, en la que se interesaba la declaración judicial de incapacitación de una persona diagnosticada con esquizofrenia paranoide. En dicha sentencia igualmente se aplica la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (concretamente su artículo 1), entre otros fundamentos jurídicos, para rechazar el *petitum* de la demanda establecida en proceso ordinario, en cuya sustanciación también se había opuesto la Fiscalía. El fallo judicial se sustenta en la naturaleza de la enfermedad¹⁸ y en la manera en que esta se ha expresado en la persona respecto de la cual se pretendía fuese declarada judicialmente incapacitada, a saber: se trataba de una persona que manifestaba –según la propia valoración pericial médica y conforme se cita textualmente en la sentencia–, «tener

¹⁸ En el fallo se aduce entre sus rasgos característicos su transitoriedad, el deterioro en la capacidad de comunicarse y de interpretar la realidad, además de su expresión episódica, lo que se traduce en que tras el evento desencadenante ocurre un retorno al comportamiento normal, o estado de actividad premórbido. Además –se sigue exponiendo en la sentencia–, de ser «una patología que no cuenta con un pronóstico irreversible, es decir que no resulta ser una enfermedad definitiva, sin cura ni tratamiento existente que pueda mermar sus síntomas, lo que no significa que no pueda tener momentos de crisis o empeoramiento en su situación emotiva, debiendo para ello hacerse los correspondientes seguimientos médicos», lo cual le permite concluir al tribunal que respecto de la persona «la enfermedad que padece, a partir de sus circunstancias clínicas y de hecho, no mutilan sus facultades cognoscitivas, de autoconciencia y orientación».

proyectos de vida, acudir a fiestas y eventos familiares evidenciándose así su autonomía social, ser responsable de su tratamiento médico, realizar labores del hogar e ir sola a sus terapias, elementos que analizados desde una óptica humana y racional hacen colegir que no están presentes las circunstancias que configuran una incapacidad de obrar, cuando existen esferas de su persona que se encuentran intactas». Cabe destacar que el rechazo al *petitum* de la demanda se sustentó en la aplicación del principio de libertad y el de la dignidad inherente de la persona consagrado este último –tal y como se apuntó–, en el artículo 1 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la no destrucción a través del arsenal probatorio aportado en los autos del proceso, de la presunción *pro capacitate*. Es dable reseñar, además, que en la argumentación se hace alusión al modelo social o de derechos humanos que diseña y pone en práctica la Convención. De ahí que en el segundo considerando de la sentencia se deje dicho que, para los jueces actuantes, «se debe analizar este caso alejados del modelo médico tradicional, donde por la mera presencia de algún tipo de discapacidad se concebía a la persona incapaz, debiendo acercarnos hacia los modelos sociales que elevan la dignidad humana y permiten valorar a los individuos desde un prisma más justo sobre la base de la igualdad y no discriminación», y se refuerza –en el tercero de dichos considerandos– la excepcionalidad de la declaración judicial de incapacitación¹⁹: «toda vez que, por causas verdaderamente justificadas, ha de privarse al individuo de capacidad de obrar, si bien se anula la posibilidad de que este vuelva a actuar *per se*, significando ello, prácticamente, su muerte civil».

¹⁹ Vid. respecto al Derecho venezolano: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Ensayos sobre capacidad...*), pp. 320 y ss., para quien la incapacitación es la privación o limitación de la capacidad de obrar de una persona natural a través del órgano jurisdiccional y en virtud de una sentencia. Y para abundar, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «El procedimiento de incapacitación». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 122. UCV. Caracas, 2001, pp. 259-401; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho Civil I Personas*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, pp. 429 y ss.

4. La discapacidad en la valoración judicial de la cualidad de legitimario asistencial

Sin dudas, el eje temático o institucional en el que pioneramente se ha aplicado la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido el del reconocimiento a la persona con discapacidad como un «legitimario asistencial», y en el dictado literal del Código Civil como un heredero especialmente protegido (*vid.* artículos 492 y 493). No obstante, recalco lo que en otras ocasiones he dejado dicho, la condición de legitimario asistencial no condice, tal y cual fuera un teorema, con la situación de una persona con discapacidad. Ciertamente, las personas con discapacidad pueden y, de hecho, suelen ser personas vulnerables, no solo en el orden social, sino también en el de índole económica. En la medida en que la sociedad obstaculiza la integración social de las personas con discapacidad, también les entorpece en el mercado laboral y en tal sentido su discriminación da al traste con la manera lícita de poder obtener recursos económicos para hacer frente a la vida. Empero, ello no siempre es así, el círculo de personas vulnerables económicamente no tiene por qué incluir a las personas con discapacidad. Geométricamente hablando, no son círculos concéntricos, no obstante, en todo caso el número de personas con discapacidad es significativo dentro del número de personas vulnerables económicamente. A tal fin, la condición de legitimario asistencial viene a tono con la de vulnerabilidad económica, de ahí que los requisitos que de naturaleza objetiva exige el artículo 493 del Código Civil sean la no aptitud para trabajar y la dependencia económica del causante de la sucesión, presupuestos que tienen que darse al unísono y probarse para el reconocimiento judicial de la condición de legitimario, con los efectos jurídico-sucesorios que ello conlleva.

La primera sentencia en la que se aplica directamente la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad irrumpe por estos senderos. En efecto, en la sentencia N° 239, de 31 de mayo de 2013, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo²⁰, los extremos enjuiciados se

²⁰ Un análisis más detenido de esta sentencia puede verse en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «De la acción de reducción de los legados como vía de protección a una hija

centran en que tratándose de una hija con síndrome de Down, y cierta cardiopatía, que le llevan a la declaración judicial de incapacitación, es indudable que si el padre no le había atribuido bienes a título de herencia, legado o por una liberalidad *inter vivos* como pago de su legítima, esta ha sido preterida, pues resulta innegable su condición de legitimaria o especialmente protegida respecto de aquel, conforme con el artículo 493.1.a del Código Civil y la Convención. Ante tal situación, y dado que el patrimonio hereditario fue distribuido en legados, sin que en el testamento se estableciera preferencia respecto de algún legado en concreto, resultó dable interpretar el artículo 495.1 del Código Civil, a tono con el principio del *favor testamenti*, de manera que permitiera conservar la atribución hecha a favor de los legatarios en lo que no se excediera de la parte de libre disposición y atribuir a la preterida la cuota de legítima, resultante, de reducir los legados.

En esta sentencia, el Alto Foro deja aclarado que: la menor es especialmente protegida, respecto de su padre –testador–, quien declarada incapacitada judicialmente, por razón del síndrome de Down que padecía, unido a cierta cardiopatía, la hacían dependiente económicamente respecto de su padre –testador–, ello, amén de que al momento de testar se conociera o no por el testador, la declaración judicial de incapacitación de su hija, y aun cuando no hubiera sido declarada incapacitada antes del fallecimiento del testador, deber que le viene impuesto por ley –Código Civil–, con independencia de cualquier otra medida de protección a la incapacitada, según lo previsto en la Convención, motivo por el cual se entiende preterida, cuando no mencionada en el testamento, tampoco se le ha atribuido bien alguno como pago de su legítima.

En tal dirección también se arguye en la sentencia *in commento* que, distribuido el patrimonio hereditario a través de legados, merece protección la voluntad del testador, solo cuando esta sea digna de ser salvaguardada. No obstante, ante la preterición de la legitimaria, es atendible la acción impugnatoria del legado

incapacitada judicialmente, legitimaria, preterida por el testador (a propósito de la sentencia N° 239 de 31 de mayo de 2013 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)». En: *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Año 5, N° 9. Colegios de Escribanos de la provincia de Santa Fe. Rosario, 2013, pp. 257-309.

a través de su reducción, lo que, por demás, resulta lo más beneficioso para la incapacitada, no así la acción de nulidad de uno de los legados, cuando en puridad no fue establecido por el testador, para caso de impugnación, un orden de prelación, por lo que la acción impugnatoria debería estar dirigida a ambos legados por igual, en la medida que sea suficiente hasta llegar a la porción de la herencia que por Ley le corresponde a la legitimaria preterida.

Llama la atención –como ya se ha apuntado–, la aplicación directa, por vez primera, de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006 y ratificada por Cuba en 2007, en una sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, lo cual *per se*, tiene un mérito incuestionable. Empero, se echa de menos que no se haya aplicado el artículo 12.5 que concretamente se aviene con el tema objeto de este comentario, a cuyo tenor los Estados partes han de garantizar que las personas con discapacidad hereden bienes. ¿Por qué la Convención? La preeminencia como fuente normativa de los tratados internacionales ratificados por Cuba frente al Código Civil es innegable según el dictado literal del artículo 20 del propio Código. Como apunta con gran acierto PÉREZ SILVEIRA, quien ha estudiado con más detenimiento el mencionado precepto legal:

... siendo consecuente con el carácter supralegal del tratado que se advierte del contenido del precepto y ante la posibilidad de la existencia de contradicciones entre ambos regímenes o carencia en el primero, no falta el pronunciamiento de la norma en favor de aquel. En tal sentido, resulta intrascendente si el tratado constituye una norma anterior o posterior a la interna (...) En el propio mandato normativo que comentamos, 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 supuestos²¹.

²¹ PÉREZ SILVEIRA: ob. cit., pp. 322 y 323.

Por ello, ante la falta de normas concretas que hagan alusión a la herencia de las personas con discapacidad, resulta de aplicación el mandato que el artículo 12.5 impone a los Estados partes, de procurar desde sus legislaciones internas dispositivos tuitivos de naturaleza sucesoria que protejan a las personas con discapacidad. Tratándose de un caso de preterición de una persona especialmente protegida, por demás con discapacidad intelectual, es lógico que en la sentencia se invoque la Convención, ratificada por Cuba, y que tiene por cometido la integración sociojurídica y la protección en todos los órdenes de las personas con discapacidad, sin que tal protección suponga una discriminación positiva.

El legislador ordinario desde 1987 prevé la figura de los especialmente protegidos (artículos 492 al 495 del Código Civil) que, como ya he apuntado en otras tantas ocasiones, conectan, ¡y de qué manera!, con las personas con discapacidad²². En el caso se trata de una mujer con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, respecto de la cual el legislador le ha impuesto al progenitor como testador, el deber de legítima asistencial (*vid.* artículo 492 del Código Civil). Compete al progenitor responsable, al momento de otorgar testamento, tomar las precauciones necesarias para no lesionar el derecho que a la legítima esta tiene. Si el patrimonio hereditario está agotado en las disposiciones de contenido patrimonial exteriorizadas en el testamento, sin que se haya mencionado, o se la haya atribuido bienes algunos con los cuales hacer cargo a la legítima que en Derecho le corresponde, ha de entenderse preterida, con las consecuencias que ello provoca, entre otras la nulidad de la institución de heredero, según lo preceptuado en el artículo 495.1 del Código Civil, principal

²² PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad». En: *Revista de Derecho de Familia*. N° 49. Lex Nova. Madrid, 2010, pp. 269-294, y más recientemente: «En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: La condición de ‘heredero’ especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo». En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año v, N° 5. La Ley. Buenos Aires, 2013, pp. 137-164.

efecto preliminar que la situación jurídica de preterición provoca, base o presupuesto para que se reactiven las acciones tuitivas de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima²³.

En efecto, en el segundo considerando de la sentencia el Tribunal de Casación fija la condición de especialmente protegida de la hija del testador, en razón de cumplimentar los requisitos impuestos por el legislador en el artículo 493.1 del Código Civil, y a su vez la situación jurídica de preterición en la que le somete el otorgamiento del testamento del testador, sin mención, ni atribución patrimonial alguna, ni tampoco demostrado que lo haya hecho por actos *inter vivos*. Cabe apuntar el razonamiento que a modo de *obiter dictum* se hace sobre el momento en que sobreviene la declaración judicial de incapacidad de la persona con discapacidad intelectual, posterior al fallecimiento del testador. Queda claro del razonamiento del Tribunal de Casación, que ello no trasciende en este caso al propósito de apreciar su condición de legitimaria: primero, la declaración judicial de incapacidad no es un presupuesto para adquirir la legítima asistencial, y segundo, al ser una persona con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, dependiente en este orden de su progenitor, y sin condiciones para vincularse al trabajo, la hacen legitimaria, aunque en vida del testador no se hubiere promovido tal declaración judicial de incapacidad. Esta última, en el Derecho cubano, se torna en un presupuesto para la delación y constitución de la tutela, pero no es un requerimiento *sine qua non* para hacerse de la condición de legitimario. Lo que es necesario en materia hereditaria es la prueba de los requisitos exigidos por ley. En este sentido, el estar declarada judicialmente incapacitada es un argumento más que, unido a otros extremos, pudiera explicar la presencia de la no aptitud para trabajar o de la dependencia económica respecto del causante, pero se puede tener una discapacidad intelectual, de tal naturaleza que justifique estos requisitos, sin necesidad de promover la declaración judicial de incapacidad.

²³ Sobre el tema, en el contexto jurídico cubano, *vid. per omnia*, ALFARO GUILLÉN, Yanet: *El régimen jurídico de la preterición en Cuba*. Ediciones ONBC. La Habana, 2015, en concreto, capítulo III, pp. 159-194.

En la sentencia N° 1, de 18 de enero del 2016, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo²⁴ se valoró si es dable o no reconocerle la condición de legitimario asistencial –«heredero» especialmente protegido–, y con ello declarar la nulidad de la institución de heredero *ex* artículo 495.1 del Código Civil, por motivo de su preterición, al hijo mayor de edad de la causante –testadora– que padecía desde la infancia de esquizofrenia paranoide, tratada con internamiento en centro asistencial del Estado, declarado judicialmente incapacitado después del fallecimiento de su madre, quien, por demás, en vida de esta, recibía 200 pesos mensuales por concepto de pensión por causa de muerte de su progenitor. Para resolver favorablemente se aplicaron de manera directa los artículos 1.3.a y 12.5 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La sentencia deja sentado que en el caso de análisis se advierten específicas circunstancias de obligada observancia que hacen al hijo de la testadora, beneficiario de la legítima asistencial y justifican en su persona la cualidad que reviste de nulidad de la institución de heredero que contiene el testamento en que se preterió, dígase en primer orden su minusvalía que le produjo un actuar limitado desde muy temprana edad, a consecuencia de una esquizofrenia paranoide, tratada con internamiento hospitalario, quedando así inhabilitado para el trabajo y la exigua pensión por concepto de seguridad social que recibían tanto él como su madre, las cuales eran el único sostén familiar; extremos todos que no deben entorpecer un juicio de valor en favor de una persona que consta demostrado integra el sector más vulnerable de la sociedad, por lo que extensiva debe ser la interpretación de la norma jurídica de aplicación (artículos 492 y 493 del Código Civil); sobre medular fundamento consistente en la exigüidad, incluso de la suma de ambas pensiones, con la que su madre compensaba la economía familiar, y lo asistía en sus más diversas necesidades en el centro hospitalario; siendo de superior relevancia aún,

²⁴ Para un estudio más detenido de esta sentencia, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «Reconocimiento de la condición de legitimario asistencial a una persona con discapacidad psíquica, conforme con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad». En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año VIII, N° 4. La Ley. Buenos Aires, 2016, pp. 166-175.

que el bien dejado en herencia consistente en el inmueble de residencia habitual de la autora del testamento y su hijo con discapacidad, supone uno de lo más preciados bienes que integra el patrimonio de cualquier persona, en tanto constituye garantía de su bienestar de cara al futuro, sea en especie o en dinero, responsabilidad que no es atribuible a la institución estatal, ni al tutor. En esencia se trata de que siendo persona imposibilitada de procurarse bienes y habitación por sí, los que por derecho de sucesión le corresponden ha de recibirlos, atendiendo a la premisa que consagra el artículo 12.5 de la Convención, esto es, como un mecanismo de protección para el eficaz ejercicio de sus derechos y nunca en el sentido de mutilar sus efectos; de ahí que puedan colegirse concurrentes ambos requisitos, a saber, la inaptitud para trabajar y la sistemática ayuda monetaria que de forma proporcional recibía de su causante; elementos que ilustran la causal de nulidad que se aduce y que posibilitan conceder una tutela judicial efectiva en armonía con el propósito diseñado en el artículo 1, y el principio que regula el artículo 3 inciso a, ambos del invocado instrumento jurídico internacional.

En el caso conocido por el Alto Foro, la parte actora del proceso ordinario en la instancia, y recurrente en casación, era una persona con discapacidad psíquica, por razón de una esquizofrenia paranoide, la cual se manifestó a edades tempranas, discurriendo hacia la cronicidad, que le lleva a la declaración judicial de incapacitación –de haberse aplicado los postulados de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en concreto, lo previsto en el artículo 12 en relación con el artículo 30 del Código Civil, quizás tan solo se le hubiere restringido el ejercicio de la capacidad–, en un momento posterior a la muerte de su madre, causante de la sucesión testamentaria. Como ya se ha apuntado antes, la sola declaración judicial de incapacitación no es suficiente para arrojarse con la condición de legitimario asistencial, pues cabe que incapacitado aún, la persona disponga de un patrimonio con solvencia suficiente, que le inhiba de incurrir en el segundo de los presupuestos que exige el artículo 493.1 del Código Civil, o sea, la dependencia económica respecto del causante de la sucesión. O que, incapacitada judicialmente, dependa económicamente de otra persona, que no sea el causante de la sucesión, aun cuando cumpla el requisito de parentalidad que la ley exija, *verbi gratia*, el nieto que depende económicamente del padre y no del abuelo.

En esta sentencia, los jueces apostaron por una interpretación extensiva de la preceptiva informante del estatuto jurídico de la legítima asistencial en el Código Civil cubano –en esencia de los artículos 492 al 495–. Y es que allende la nulidad o no de la institución de heredero contenida en el negocio jurídico testamentario, la finalidad última que se persiguió en este proceso, tras la declaración de la preterición de un «heredero» especialmente protegido y la obtención del título sucesorio que le acredita como tal –efecto preliminar de la preterición–, lo era la atribución misma de la legítima que por tal concepto le correspondía. En efecto, aun cuando no era el objeto del proceso incoado, al parecer, el patrimonio de la testadora se constituía en esencia por la vivienda en la que residía, morada también de su hijo, aún su internamiento en centro asistencial desde 1995.

El razonamiento judicial en esta ocasión reivindica y enarbola, ante todo, la protección de las personas con discapacidad –en posición diametralmente diferente con la sustentada en una sentencia que más vale olvidar²⁵–. En esta, el Tribunal Supremo, sentado sobre hechos muy similares, da a las manecillas del reloj en sentido lógico del tiempo, mirando al futuro, buscando el horizonte. La legítima asistencial de la que es titular el hijo con discapacidad habría de concretarse sobre el activo hereditario. Si en ese activo existiera, entre otros bienes, o aun siendo el único, una vivienda, entonces hay que reforzar la protección sucesoria de la persona con discapacidad. Y ello, con independencia de que esa persona estuviere internada en un centro hospitalario, a cargo del Estado, aún tenga garantizado los esenciales recursos para vivir, tales como alimento y vestido, pues el techo en el que el hombre hace y desarrolla su vida cotidiana, es esencial e inherente a su dignidad. Como apunta la sentencia: «siendo de superior relevancia aun, que el bien dejado en

²⁵ Me refiero a la N° 532, del 29-12-11, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, también comentada por mí. *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la sentencia N° 532 de 29 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)». En: *Estudios sobre la legítima asistencial*. Fondo Editorial del Colegio de Notarios de Lima. Lima, 2015, pp. 333-346.

herencia consiste en el inmueble de residencia habitual de la autora del testamento y su hijo discapacitado, quien, además de padecer enfermedad que coarta su autogobierno, así judicialmente declarado, quedará suprimido su derecho hereditario sobre uno de lo más preciados bienes que integra el patrimonio de cualquier persona, proporcionándole una situación de precariedad patrimonial que no es loable en válida justicia, en tanto constituye garantía de su bienestar de cara al futuro, sea en especie o en dinero». La vivienda se erige sin dudas en el bien de carácter patrimonial de mayor significado jurídico social en el país. Es allí el lugar al que retornaría la persona en situación de discapacidad si supera el régimen de internamiento hospitalario. Es ese además el recinto idóneo en el que ha de estar durante las visitas que a tal efecto le permita el centro asistencial en el que está internado. Y como previsoriamente expresa la propia sentencia, la vivienda es un bien de indubitado valor actual, pero también es una garantía de cara al futuro, por el valor de realización que este tiene, de manera que su venta, aprobada judicialmente, le podría reportar, si a juicio del tribunal fuera útil o necesario, una aportación dineraria que podría revestirse en su propio beneficio, en la adquisición de otros bienes, o en el propio esparcimiento de la persona con discapacidad. A fin de cuentas, ello también contribuye al pleno desarrollo de su dignidad como persona. Por ello se concuerda con la lapidaria expresión de la sentencia respecto de que la vivienda «constituye garantía de su bienestar».

5. Discapacidad, salvaguardas y formalidades testamentarias

Sin embargo, no siempre la aplicación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad por nuestro Tribunal Supremo ha sido centrada y favorable al ejercicio de las libertades y derechos de las personas con capacidades diferentes. La Convención se ha convertido en una herramienta jurídica con vocación universal, para la cual la dignidad de la persona es centro de su atención. Su texto favorece la capacidad para testar de las personas, incentiva su inclusión en todos los ámbitos de la vida social y jurídica, cualesquiera sean sus capacidades, siempre que estas puedan exteriorizar su voluntad, sin que el Derecho interno de los Estados abogue en este orden por fomentar formalidades en el testamento, no previstas ya, de modo que no se actúa conforme

con la Convención cuando se anula un testamento de una persona de cuya *voluntas testatoris* no se dubita, sobre la base de un supuesto incumplimiento por parte del notario autorizante de la formalidad de hacer consignar expresamente en el documento notarial la manera o modo en que pudo comunicarse con la testadora y conocer su voluntad. Precisamente, ese fue el tema decidido por la sentencia N° 996, de 30 de diciembre de 2016, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo.

En el asunto sometido a conocimiento del Alto Foro, se intenta despejar la interrogante de si se actúa conforme con los principios que informan la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando en casación el Tribunal Supremo acoge el recurso y anula la sentencia del tribunal de instancia, sobre la base de que el notario autorizante de una escritura de testamento de una persona con discapacidad intelectual, consecuencia de una tetraplejía, que solo se puede comunicar a través de ciertos movimientos de los ojos y de la cabeza –señas–, no consigna tal particular en la escritura, no obstante cumplir con el resto de los requerimientos que sí establece de modo expreso el Código Civil, como la unidad de acto, y con ello también la presencia de los testigos instrumentales y del testigo a ruego o de asistencia, que firma en sustitución de la testadora, por no poder hacerlo esta. Todo ello, aun cuando al Alto Foro sostiene que las pruebas aportadas por la parte recurrente, durante la sustanciación del proceso en la instancia, no tienen entidad suficiente para desvirtuar que la testadora tuviera comprometidas sus facultades volitivas por razón de enfermedad mental. En tales circunstancias, ¿cabe reconocer la necesidad de una formalidad adicional, extraordinaria, al amparo de la propia Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de naturaleza notarial, que de al trate con la *voluntas testatoris*, externalizada conforme a Derecho?

En atención a ello, y apoyado en el artículo 12.4 de la Convención –el que por cierto no se cita textualmente en la sentencia–, se sienta la doctrina de que es nulo un testamento, conforme con lo previsto en el artículo 67 incisos ch, y d del Código Civil, en el supuesto en que no se identifique en el documento notarial que corporifique la declaración de última voluntad de la testadora, el modo en que esta dio a conocer al fedatario su última voluntad, en tanto no se

documentó lo relativo a las circunstancias que le impedían comunicarse verbalmente ni se exigió testigo idóneo para ello, teniendo en cuenta que se trataba de una persona tetrapléjica que se daba a entender mediante señas y que exteriorizaba su asentimiento con los ojos y cabeza. Tratándose de persona con tal vulnerabilidad y al amparo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se hace necesario para garantizar el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de tales personas, se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir situaciones anómalas o confusas.

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad –aplicada en esta sentencia que se comenta– aboga por la integración social y jurídica de las personas con capacidades diferentes, por fomentar su protagonismo en los actos con trascendencia jurídica en los que participa, uno de los cuales lo es el testamento, como expresión libérrima de la última voluntad de una persona, no solo como acto dispositivo patrimonial por excelencia, sino como reafirmación de su personalidad, dado el contenido personal que las disposiciones testamentarias pueden tener²⁶ y, sobre todo, por las disposiciones atípicas que también pueden contenerse en él. El testamento reafirma la personalidad de su autor. De ahí que hoy día los notarios cada vez han de ser más receptivos con las personas con capacidades diferentes, de modo que deben potenciar sus facultades, y abrir las puertas de las sedes notariales, para con el debido asesoramiento y el oportuno consejo, puedan estas ejercitar su *testamentifactio* activa, en la medida y en la misma proporción que su discapacidad se lo permita, disponiendo a tal fin las salvaguardas que resulten pertinentes y los ajustes necesarios. La Convención aboga por potenciar la dignidad inherente a la persona (artículo 1) y el derecho a heredar bienes (artículo 12.5), lo que supone igualmente el derecho a disponer de estos por causa de muerte, implícito en la norma.

²⁶ En el Derecho venezolano *vid.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho Sucesorio*. Editorial Texto. Caracas, 2010, p. 345, quien identifica entre tales disposiciones: el destino del cadáver del causante, el nombramiento de tutor a los hijos (Código Civil artículos 305 y 307), el reconocimiento filiatorio (Código Civil artículo 217.3), el perdón del «indigno» (Código Civil artículo 811), etcétera. A lo que se ha agregado inclusive el reconocimiento de una unión de hecho estable o concubinaria.

Cabe la posibilidad, como en el supuesto de autos, que una persona tetrapléjica se apoye en el notario para otorgar testamento, aun sus potencialidades lo sean la posibilidad de comunicarse por medio de señas –no de lenguaje oficial de señas–, sino por un movimiento afirmativo de los ojos y de la cabeza, lenguaje corporal que emplea para hacerse entender. En tal supuesto el notario debe reforzar su atención, sin dudas sumamente individualizada, para lograr una comunicación estable, directa y segura con el futuro testador, de modo que no le quepa duda sobre cuál es su voluntad, qué busca, a quién o a quiénes pretende beneficiar, por qué concepto, sobre qué parte del caudal hereditario, amén de cerciorarse que tal voluntad está ajena de la influencia de terceros, ya actúen para beneficiarse ellos mismos, o los que a la postre resulten herederos o legatarios. O sea, el notario ha de aplicar la mayéutica socrática, para construir la voluntad del testador. Empero, en esta situación la ley no le compele ni a interesar la presencia de apoyos, a los que se refiere el artículo 12.3 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, si a su juicio no son necesarios, esto es un intérprete, si ha logrado comunicarse con la testadora, tal y como afirma en la sentencia de casación el Supremo Tribunal cuando da por sentada que las pruebas articuladas en la instancia, por el luego recurrente en casación, no resultan suficientes «para justificar que la testadora tuviera comprometida sus facultades volitivas por razón de enfermedad mental», ni tampoco de uno o dos testigos de asistencia, distinto de los que se refiere el artículo 37 del Reglamento notarial, cuando el compareciente no pueda escribir, o ni tan siquiera se le puedan tomar las huellas dactilares de los dedos pulgares de ambas manos. No hay norma alguna en el ordenamiento jurídico cubano que imponga la presencia en un supuesto de comparecencia como testadora de una persona tetrapléjica de ese testigo «idóneo» al cual se refiere el Alto Foro en la segunda sentencia en la que resuelve el asunto como tribunal de instancia, ni tampoco se impone como uno de los ajustes necesarios a que se refiere el apartado 4 del artículo 12 de la Convención. La presencia de testigos, como requisito imperativo para la validez de un testamento, no puede ser de creación judicial. Precisamente en aras del principio de seguridad jurídica, no les compete a los jueces imponer requerimientos o solemnidades notariales, sino interpretar las que el ordenamiento jurídico establece. Máxime cuando dicha solemnidad ni tan siquiera es prevista por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De ahí que, tratándose de una persona tetrapléjica, el Reglamento notarial previó anticipadamente a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad la presencia de apoyos, en el caso, de un testigo de asistencia, que ha de firmar la escritura pública de testamento, a ruego de la testadora, como en efecto aconteció en el caso, en el que fue posible además, tomar las huellas dactilares de los dedos pulgares de ambas manos, según el dictado del primer párrafo del artículo 37 del Reglamento notarial, cumplimentándose los requerimientos que a tal fin exige el Derecho vigente.

Llegamos al punto neurálgico de la sentencia *in commento*, la imperiosa necesidad –según el criterio del Alto Foro–, de expresar en la escritura pública de testamento, a modo de parte expositiva, como antecedente de la voluntad que se exterioriza, la manera en la que el notario puede conocer la *voluntas testatoris*, es decir, las herramientas que empleó para lograr la comunicación con una persona tetrapléjica que se da a entender con movimientos de la cabeza y los ojos, a modo de señas. Fue ello lo que, según el dicho del Tribunal Supremo, faltó en la escritura pública. ¿Pero acaso ello es una formalidad impuesta por la ley? ¿Es el sentido de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad imponer esta formalidad o solemnidad testamentaria en resguardo de la última voluntad de una persona con discapacidad intelectual? ¿Se trata acaso de una salvaguardia? Lapidariamente, el Alto Foro deja sentado que el motivo de la nulidad testamentaria está dado en que:

... en el caso, se obvió la situación de vulnerabilidad expuesta y no se dejó constancia alguna acerca del modo en que se conocieron las previsiones que la testadora adoptó para después de su óbito, tal es así que en la redacción del documento notarial aparecen las expresiones que identifican una comunicación normal entre otorgante y fedatario, cuando fueron categóricos los deponentes al reseñar que la otorgante desde años atrás se daba a entender mediante señas y que exteriorizaba su asentimiento con los ojos y cabeza.

Esto es, la nulidad de un testamento de una persona en la que no se justifica tuviera comprometida sus facultades volitivas por enfermedad mental, se dispone judicialmente, revocándose la sentencia de instancia que mantuvo un

criterio disidente, sustentándose en un presupuesto de naturaleza formal, sobre la base de una solemnidad elevada a requerimiento esencial por el criterio del Tribunal Supremo, vacío de un sustrato sustantivo o notarial, ni amparado mucho menos en una convención internacional. No puede confundirse en todo caso dicho requerimiento formal, fruto del ingenio de los jueces, con las salvaguardias que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en favor de las personas con discapacidad²⁷.

6. Discapacidad y cese de convivencia

También en procesos contencioso-administrativos se ha aplicado por el Supremo Tribunal la Convención. La sentencia N° 1196, de 30 de diciembre de 2016, resolvió, favorablemente, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del tribunal de instancia que, a su vez, confirmó la resolución dictada por el ente administrativo denegando la condición de conviviente especialmente protegido de un hijo incapacitado judicialmente, frente al padre, titular de dicho inmueble, quien, en el plano fáctico, quería poner fin a la convivencia del hijo. Si bien, ciertamente, el titular de un inmueble puede decidir libremente las personas con las cuales convivir, en razón del derecho de propiedad que le asiste sobre la vivienda, el ejercicio de ese derecho tiene límites que vienen dados, entre otras razones, por la condición o la cualidad de la

²⁷ Como tampoco debe confundirse con los apoyos a que también se refiere la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 12.4. Como apuntan OLMO, Juan Pablo y PRACH, Eliana M.: «Distinción entre medidas de apoyo y de salvaguardia. Comentario al fallo ‘C., H. M. s/Declaración de Insania’». En: *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*. N° 6. IJ Editores. Buenos Aires, 2015, versión digital, <http://www.ijeditores.com.ar>. «la Convención establece dos nociones distintas, con diferentes alcances y funciones: por un lado, nos habla del ‘apoyo’, considerado como la ayuda necesaria para que la persona con discapacidad pueda tomar decisiones relativas al ejercicio de su capacidad jurídica; por el otro, la ‘salvaguardia’, entendida como aquella medida que se encuentra obligado a tomar el Estado a fin de controlar, vigilar y garantizar el correcto desenvolvimiento del apoyo», o sea, como sostienen los propios autores, es función de la salvaguardia «custodiar el correcto funcionamiento de la medida de apoyo, cuidando, fundamentalmente, que la persona con discapacidad no vea suplida su voluntad por quien tiene a su cargo el desempeño de la función de apoyo».

persona a la que se le niega la convivencia, entre ellos, el parentesco, a lo cual se agrega la discapacidad. Y este límite fue apreciado judicialmente en la segunda sentencia, o sentencia que el tribunal de casación dicta subrogado en el lugar del tribunal de instancia cuando en casación se aprecia un quebrantamiento de forma. En la sentencia, el Alto Foro deja sentada la situación de la parte actora del proceso, por demás hijo del demandado, declarado el primero judicialmente incapacitado, particulares ambos, a saber: el parentesco con el titular del inmueble en el primer grado de consanguinidad por la línea recta descendente y la discapacidad intelectual que acentúa su estado de indefensión, que le deja a salvo, a tenor del artículo 65, apartado primero de la Ley General de la Vivienda, de la acción de cese de convivencia. Y en apoyo del razonamiento jurídico, el Alto Foro aplica los artículos 12, 13, 19, 23 y 28 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativos a la igualdad del reconocimiento de la persona con discapacidad como persona ante la ley, el acceso a la justicia, la equiparación de condiciones en el lugar de residencia, el respeto al hogar y la familia y las garantías de un nivel de vida adecuado, respectivamente, motivo por el cual, a juicio del Tribunal «deviene procedente la estimación de la demanda como expresión de la función tuitiva que todas las instituciones estatales están llamadas a desempeñar en relación con las personas con discapacidad, en especial las jurisdiccionales con motivo de la solución de conflictos en los que se encuentren inmersas...». Con este pronunciamiento el Supremo Tribunal deja clara cuál ha de ser la posición de los tribunales en la solución de casos en los que se encuentren incursas personas con capacidades diferentes. Ello no puede pasar inadvertido ante el ente administrativo con facultad jurisdiccional, ni ante el propio tribunal, error fustigado por el Supremo Tribunal respecto de la resolución administrativa, sustantivamente errada, luego inverosímilmente confirmada por el tribunal de instancia.

Post scriptum

La aplicación directa de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad por el Tribunal Supremo cubano y algunos tribunales de instancia refleja lo que se ha ido avanzando en el tema: el valor que para los jueces cubanos tienen tratados de derechos humanos autoaplicativos como el presente que

supone un renacer o despertar en el tratamiento desde el derecho de las personas con capacidades diferentes. Son los jueces quienes tienen el cometido de poner en acción el modelo social y de derechos humanos con el que se encara hoy la integración de las personas con discapacidad. La lectura que ha de darse a los preceptos sustantivos y procesales, vigentes en el ordenamiento jurídico interno cubano ha de pasar por el tamiz que la Convención supone. Una lectura pro convención, y una aplicación de los principios enarbolados por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que permita garantizar la propia actuación de las personas con capacidades diferentes, en atención a sus preferencias, en pos de asegurar el protagonismo en los actos jurídicos en los que intervienen, que viabilice la realización y ejecución de aquellos a través de apoyos, y no por medio de la sustitución de voluntades, y con ello «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente»²⁸, en lo que la labor judicial juega un papel esencial.

* * *

Resumen: El autor comenta diversas decisiones en las cuales el Tribunal Supremo cubano ha aplicado directamente la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aunque su Derecho interno no se encuentre adecuado al texto de la Convención. Para ello, además de plantear el nuevo perfil del juez en esta materia, así como el fundamento de la aplicación directa de los tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos, señala distintos tópicos en los cuales el texto de la Convención ha permitido la salvaguarda de los derechos de las personas con capacidades diferentes, a saber: restitución parcial del ejercicio, cualidad de legitimario asistencial, materia testamentaria o cese de convivencia. **Palabras clave:** Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, control de convencionalidad, personas con capacidades diferentes. Recibido: 07-01-18. Aprobado: 14-02-18.

²⁸ TS, sent. N° 752, citada *supra*.