

# APOYOS, AJUSTES RAZONABLES Y SALVAGUARDIAS EN LA DINÁMICA DE UN NUEVO DERECHO PARA LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

Support, reasonable adjustments and safeguards  
in the dynamics of a new Law for people with disabilities

---

**Dr. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO**

Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial  
Universidad de La Habana (Cuba)  
Notario  
<https://orcid.org/0000-0002-8174-6773>  
lbpgallardo@gmail.com

## **Resumen**

La reforma legal al régimen de la capacidad de las personas en situación de discapacidad en Cuba es un desafío social sin precedentes que atañe a entidades privadas, servidores públicos, Estado, comunidades, familias y sociedad, pero sobre todo el mayor reto de este cambio de paradigmas supone el cambio de mentalidad, superar estereotipos, mitos y tabúes que la humanidad durante siglos ha ido dibujando en desmedro de ellas. El espíritu que informa los apoyos, ajustes razonables y salvaguardias como pilastras esenciales del modelo social y de derechos humanos que en torno a la discapacidad introdujo la CDPD y del que hoy se hace eco dicha reforma está precisamente en potenciar el poder de decisión de las personas, la búsqueda de su voluntad para que puedan escribir su propia biografía en primera persona del singular y con ello potenciar la dignidad humana como valor supremo.

**Palabras claves:** discapacidad; apoyos; ajustes razonables; salvaguardias; no discriminación; dignidad.

## **Abstract**

The legal reform of the regime of the capacity of people with disabilities in Cuba is an unprecedented social challenge that concerns private entities, public servants, the State, communities, families and society, but above all the greatest

challenge of this change of Paradigms entail a change in mentality, overcoming stereotypes, myths and taboos that humanity has been drawing for centuries to the detriment of them. The spirit that informs support, reasonable adjustments and safeguards as essential pillars of the social and human rights model that the CRPD introduced around disability and which this reform echoes today is precisely in enhancing the decision-making power of people. , the search for their will so that they can write their own biography in the first person singular and thereby enhance human dignity as a supreme value.

**Key words:** disability; supports; reasonable adjustments; safeguards; nondiscrimination; dignity.

## Sumario

1. Constitución y personas en situación de discapacidad: dignidad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía personal y pleno ejercicio de sus derechos. 2. La reforma al régimen legal del ejercicio de la capacidad jurídica en el Derecho cubano: necesidad y realidad. 3. Los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad. 3.1. Del apoyo al apoyo intenso con facultades de representación. 3.2. El principio de respeto a las voluntades, deseos y preferencias de las personas en situación de discapacidad. 4. Los ajustes razonables: necesario catalizador en el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad. 5. Las salvaguardias: el tercer lado de este triángulo equilátero. 6. Las personas en situación de discapacidad. Entre la autonomía y la seguridad jurídica: esa es la cuestión. **Referencias bibliográficas.**

## 1. CONSTITUCIÓN Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD: DIGNIDAD, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, AUTONOMÍA PERSONAL Y PLENO EJERCICIO DE SUS DERECHOS

El 13 de diciembre del año 2006 se logra uno de los más grandes hitos en la historia de la protección de los derechos humanos de los colectivos en situación de vulnerabilidad, en Nueva York, en la sede de las Naciones Unidas, se aprueba el tratado de derechos humanos más importante en lo que va de siglo, a saber: la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD). Con la Convención se da un viraje hasta entonces no previsto en la manera de enfocar la protección de los derechos de este sector poblacional. Después de un fuerte lobby de los colectivos que la respaldaron, se aprueba una Convención que significó un renacer en la manera de ver la discapacidad, de ahí que en el propio Preámbulo, en su inciso e), se reconoce que *“la discapa-*

*idad 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 jurídica de las personas en situación de discapacidad al dictado de la Convención: el sentido evolutivo del concepto, lo cual se hace incluso palpable de 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 foránea.<sup>1</sup> Se trata de un concepto en conti-

<sup>1</sup> 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 Sentencia C-458-15, de 22 de julio (ponente: Ortiz Delgado) 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”; “invalidéz”; “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 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”; “Invalidéz” 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 “invalidéz 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 (art. 13 CP) 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 sólo peyorativa en términos de lenguaje natural, sino violatoria de derechos en términos de las últimas tendencias del DIDH 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 (art. 1º CP)”.*

Por su parte, la Sentencia C-042/17, de 1 de febrero (ponente: Arrieta Gómez), conoció de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 2º (parcial), 8º (parcial), 10º (parcial), 12 (parcial), 14 (parcial), 15 (parcial), 16 (parcial), artículo 17 en su totalidad y 32 (parcial) 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 de Colombia, en los artículos 1, 13, 47, 68, 70, como en la CDPD, 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 con 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, sufren, 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 Sentencia C-147-17, de 8 de marzo (ponente: Ortiz Delgado), 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 2º de la Ley 1145 de 2007, "[p]or 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,

nua evolución, verlo de otro modo sería negar su propia esencia. Y segundo, el modelo social, de derechos humanos, que la Convención preconiza y que se esfuerza en que sea incorporado por los ordenamientos jurídicos internos.<sup>2</sup> El

---

*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 aun 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 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".*

<sup>2</sup> En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha expresado en el caso *Furlán y familiares vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012 que *"toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón*

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 tuitivo, en el que se sustituyen voluntades, más que una política de acompañamiento en la toma de decisiones de las personas con capacidades diferentes, de conformidad 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) y, en consecuencia, a partir de esa diferencia se justifica la existencia de apoyos y salvaguardias que busquen la realización de la persona, pero sin relegarla a ser actores y actrices secundarios de su propia vida. La reafirmación de la realización personal a través de la toma de decisiones, con el apoyo de personas afectivamente cercanas, su verdadera inclusión familiar, comunitaria y social, 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 inclusión 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”*.<sup>3</sup>

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

---

*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”*.

<sup>3</sup> PALACIOS, A., “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*, p. 25.

internos desde las Constituciones. No se trata de proteger los derechos de las personas en situación de discapacidad 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 los cortes o tribunales de derechos humanos. En ese orden se hace necesario no solo la cobertura legal, sino también la sensibilidad de los operadores del Derecho.

Si se lee con detenimiento lo expresado en el inciso k) del Preámbulo de la CDPD se constata cómo 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 en situación de discapacidad logren una verdadera inclusión 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 en situación de discapacidad coloca barreras, impone obstáculos, multiplica los valladares con los cuales aquellas 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 aquellas y así invisibilizarlas, sobre todo en lo que concierne a personas con discapacidades psicosociales e intelectuales. A lo largo de la historia, la mejor manera de proteger sus derechos ha sido incapacitarles, nombrarles un tutor y marginarlos para siempre del mundo del Derecho. Ello ha sido encarado drásticamente en la filosofía de la Convención. Como sostiene Agustina PALACIOS, *“la CDPD 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”*.<sup>4</sup> No se trata de

---

<sup>4</sup> PALACIOS, A., *“El derecho a...”*, cit., p. 24.

decidir si una persona puede o no ejercitar su capacidad jurídica, sino a través de qué red de apoyos lo puede hacer, en casos de necesitarlos, para lo cual los Estados firmantes de la Convención tienen el deber jurídico de proveerlos. Se busca fomentar la libertad del ser humano, su libre desarrollo de la personalidad, en tanto toda persona, por serlo, no solo es titular de la capacidad jurídica, en tanto titular de la personalidad jurídica, sino también de su ejercicio y sin que para ello la discapacidad sea motivo o razón para cercenarlo.

Por su parte, la Constitución cubana –proclamada el 10 de abril de 2019– sitúa la dignidad en el pedestal que le corresponde como frontispicio de todos los derechos, reconociéndola en su artículo 40 como valor supremo. El texto constitucional –a diferencia de su predecesora de 1976– ha sido prolija en la regulación de los derechos de la persona. Así, en su artículo 89, haciéndose eco de la Convención, reconoce la responsabilidad que le compete no solo al Estado, sino también a la sociedad y a las familias, de proteger, promover y asegurar el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad. Con ello el constituyente deja claro el deber constitucional atribuido, entre otros al Estado, de facilitar el pleno ejercicio de los derechos, con lo cual implícitamente en el plano doméstico se recepciona el artículo 12.3 de la Convención, a cuyo tenor se deja dicho que *“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*. En efecto, para el pleno ejercicio de sus derechos, las personas en situación de discapacidad requieren ser iguales ante la ley no solo en la titularidad de la capacidad jurídica, sino también en la posibilidad de ejercitar autónomamente su capacidad jurídica y con ello los demás derechos que como persona le competen. En esa promoción de los derechos se sitúa, en primer orden, el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica, para lo cual la provisión de apoyos se erige en una necesidad sentida. Solo así puede lograrse su autonomía personal e inclusión, para lo cual el constituyente mandata al Estado con el cometido de crear las condiciones necesarias. La autonomía de las personas en situación de discapacidad es un fin, para lo cual los apoyos, los ajustes razonables y las salvaguardias son herramientas de gran utilidad. Esa autonomía personal a la que el constituyente convoca es manifestación concreta de la dignidad de la persona y de su libertad, una de cuyas fuentes de concreción más evidente está regulada en el artículo 47 de la Constitución cubana, que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, llama la atención que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se regule de forma autónoma como derecho, alejado de la dignidad a la que se destina el artículo 40, situada en el pedestal de los valores constitucionales, al preverse como valor supremo

“que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes”. Y tal llamada de atención viene de la mano de la conexidad que existe entre la dignidad como valor-principio y el libre desarrollo de la personalidad como principio-derecho,<sup>5</sup> pero también como valor,<sup>6</sup> al punto de considerarse que la dignidad “es el principal soporte de la figura del libre desarrollo de la personalidad”<sup>7</sup>; mientras el libre desarrollo de la personalidad “involucra principalmente reconocer la dignidad humana y la responsabilidad de los sujetos”.<sup>8</sup> Si bien es cierto que la libertad “parte de concebir a las personas como individuos que, en principio, gozan de la facultad de elegir, de tener un sentido propio de justicia, de decidir sobre lo que es bueno o malo para ellos, y de poder en consecuencia elegir sus propios planes de vida”, en ello tiene una dimensión especial la dignidad humana, la que con la Constitución de 2019 “alcanza una nueva multidimensionalidad”<sup>9</sup>; dado que es un valor histórico-político, ratificado en el contenido del Preámbulo –siguiendo los derroteros de la Constitución de 1976–, estar contenida además en el artículo 1, reservorio de los valores y principios superiores del ordenamiento

---

<sup>5</sup> Apunta SARLET desde la doctrina brasilera que la dignidad es “[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. Vid. SARLET, I. W., *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 70.

<sup>6</sup> Según DEGENHART, este derecho no solo sirve como un derecho subjetivo de defensa (*subjektives Abwehrrecht*), o sea, un derecho de *status negativus*, que se erige como un límite a la actuación del Estado, sino que también expresa una decisión de valores de la Constitución, con un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico (*Ausstrahlungswirkung*); particular que resume PARÉS SALAS siguiendo el dictado del artículo 16 de la Constitución de Venezuela, “no sólo es un derecho subjetivo, sino valor superior del ordenamiento jurídico”. DEGENHART *cit. pos* PARÉS SALAS, A., “Tiempo libre, libre desenvolvimiento de la personalidad e intromisión del Estado en espacios protegidos del ciudadano”, *Revista de Derecho público*, No. 112, 2007, p. 323.

<sup>7</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ, C., “El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana”, *Letras jurídicas*, No. 39, enero-junio 2019, p. 174.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 176.

Ha dejado también sentado el Tribunal Constitucional de España (Sentencia No. 53/1985, de 11 de diciembre) que el libre desarrollo de la personalidad supone “una autodeterminación consciente y responsable de la vida” que entronca con el valor jurídico fundamental de “dignidad de la persona”.

<sup>9</sup> GUZMÁN HERNÁNDEZ, T. Y., E. BINDI y K. REIBER “La dignidad en la Constitución cubana de 2019 y en dos notas comparadas: dimensiones de análisis y retos para el juez”, *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, No. 54, julio-diciembre 2019, p. 27.

jurídico, pero sobre todo el valor supremo que preconiza el citado artículo 40,<sup>10</sup> sustento de los derechos y deberes, lo que ha llevado a la doctrina cubana precedente a catalogarla como “el presupuesto axiológico, la base ético-jurídica para el desarrollo legislativo y la interpretación de los derechos y deberes; [...] valor subyacente cuyo contenido esencial debe ser reafirmado en la interpretación de los derechos y de los deberes jurídicos”,<sup>11</sup> de manera que “(s)i bien la dignidad humana transversaliza a todo el texto constitucional, lo hace con mayor fuerza en materia de derechos y deberes”.<sup>12</sup> Libre desarrollo de la personalidad y dignidad se erigen en pilas de cualquier sistema democrático de Derecho, “son ejes centrales del sistema de valores reconocido por la Constitución, siendo el soporte de la totalidad de los derechos fundamentales”.<sup>13</sup> Una Constitución que tenga como centro de atención la protección de la persona ha de partir de la dignidad humana como presupuesto ineludible de la tutela de aquella; a tal punto que el libre desarrollo de la personalidad irradia el valor dignidad sobre todo el ordenamiento jurídico y con ello el ordenamiento jurídico se ve vinculado con garantizar una protección amplia de la persona en los distintos ámbitos de la vida en que se desenvuelve.<sup>14</sup> Este efecto irradiante del libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental “se orienta a todos los poderes públicos en sus respectivos ámbitos de competencia como principales garantes de los derechos fundamentales; en razón de esto todos los tribunales deben al momento de decidir, si es pertinente, tomar en cuenta aquellos en su proceso de interpretación y aplicación del

---

<sup>10</sup> Como muy bien explicita la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica “(l)a dignidad es un valor asociado a los seres humanos, que por el solo hecho de su existencia, reside en la esencia misma de cada ser [...]. En su concepto, se trata de un valor para el que no se puede ofrecer ningún equivalente, supera cualquier cosa que tenga precio, posee un carácter absoluto irremplazable que no permite la negociación. Es así como, la dignidad humana es un valor supremo e intrínseco de los seres humanos, de carácter universal y fuente de derechos iguales e inalienables reconocida a todas las personas, incluidas las personas menores de edad. Este valor sirve de fundamento axiológico a los derechos humanos, cuya materialización se concreta a través de los ordenamientos jurídicos, y se practica, entre otros a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad” (Sentencia No. 15427, de 14 de agosto de 2020).

<sup>11</sup> GUZMÁN HERNÁNDEZ, T. Y., E. BINDI y K. REIBER “La dignidad en la Constitución...”, *cit.*, p. 33.

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> Sentencia de 10 de febrero de 2019, Sala Segunda, del Tribunal Constitucional del Perú.

<sup>14</sup> A este efecto irradiante de los derechos fundamentales se refiere BASTIDA FREJEDO, en el sentido de que los derechos fundamentales han de proyectarse hacia todo el ordenamiento jurídico al momento de interpretar y aplicar las normas jurídicas. *Vid.* BASTIDA FREJEDO, F., *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, p. 53.

Derecho”.<sup>15</sup> Como dejó sentado el Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 7, 198, 15 enero 1958) *“(e)ste sistema de valores, centrado en el libre desarrollo de la personalidad humana y de su dignidad en la comunidad social, debe aplicarse, en tanto que axioma constitucional, en todos los ámbitos del derecho: debe dirigir e informar al legislador, la administración y al poder judicial. Del mismo modo influye naturalmente sobre el derecho civil, ninguna regla de derecho privado puede estar en contradicción con él y cada una de esas reglas debe ser interpretada conforme a su espíritu”*.

El libre desarrollo de la personalidad “significa que el sujeto tiene capacidad para decidir por sí mismo sin interferencias ajenas en todas aquellas cuestiones que afectan directamente a lo que constituye su esfera de intereses”.<sup>16</sup> Es un derecho-principio *“de acuerdo con el cual, al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida e ideales de excelencia humana, el Estado tiene prohibido interferir indebidamente con su elección y materialización, debiendo limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como impedir la interferencia injustificada de otras personas en su consecución”*.<sup>17</sup> Se trata –como ya se ha apuntado– de un derecho de libertad de acción o no acción con los límites a los cuales se aludirá. “Es decir, la declaración constitucional del libre desarrollo de la personalidad significa que el individuo, por ley, tendrá libertad de acción, o lo que es lo mismo, no tendrá ningún impedimento para ejercer ese derecho desde un punto de vista jurídico. Lo que no significa que disponga de una total libertad de acción en sentido literal, ya que el mismo Estado le impone unos límites que deberá observar para vivir en sociedad, no sólo de cara a los demás, sino también en cierta manera, hacia sí mismo”.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> DEL MORAL FERRER, A., “El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Cuestiones Jurídicas*, Vol. VI, No. 2 julio-diciembre 2012, p. 65.

<sup>16</sup> SANTANA RAMOS, E. M., “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 29, 2014, p. 103.

<sup>17</sup> Tesis de jurisprudencia 82/2017, 4 de octubre de 2017, Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de México, ponente: Ortiz Mena, tesis: 1a./J. 82/2017 (10a.), publicada el 2 de diciembre de 2016, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 47, octubre de 2017, t. I, p. 178.

<sup>18</sup> SANTANA RAMOS, E. M., “Las claves interpretativas...”, *cit.*, p. 103. Criterio reafirmado jurisprudencialmente. Así, la Corte Suprema de Justicia de México lo ha calificado como *“expresión jurídica del principio de autonomía personal, de acuerdo con el cual, al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida e ideales de excelencia humana, el Estado tiene prohibido interferir indebidamente con su elección y materialización, debiendo limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes*

## 2. LA REFORMA AL RÉGIMEN LEGAL DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO CUBANO: NECESIDAD Y REALIDAD

La necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico interno a los dictados, principios y valores de la Convención ha sido desde el año 2007 –en que esta fuera ratificada por la República de Cuba– un gran desafío en todos los sentidos, pero esencialmente en el cambio de mente que ello supone para la sociedad en general y para campos del conocimiento como la medicina y el Derecho. Las normas legales pueden evolucionar en su técnica y en su teleología, pero hacer cambiar la forma de pensar de las personas es un desafío a la imaginación; desterrar estereotipos, clichés, prejuicios de la mente de los operadores del Derecho, que son en definitiva a quienes les compete la interpretación y aplicación de esas normas –por muy avanzadas que sean– supone fertilizar la mente humana más allá del metaverso. Sancionar una norma implica un esfuerzo no siempre visible para terceros, pero aun así de menor dimensión que lograr el éxito de su aplicación. Recordemos que desde el Preámbulo de la CDPD, se deja sentado que es la sociedad la que discrimina y la que erige las barreras afectivas y emocionales, que pesan más para la inclusión que las mismas barreras físicas.

La reforma al régimen legal de la capacidad jurídica, contenida en el Código civil de 1987, se imponía en el orden técnico-jurídico, entre otras razones:

1º. Por el efecto vinculante que tiene para los Estados partes la ratificación de una Convención internacional como la de los derechos de las personas con discapacidad, en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas (*pacta sunt servanda* previsto en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de tratados). El urgente requerimiento de transpolar los principios y

---

*de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia injustificada de otras personas en su consecución*” [Amparo en revisión 750/2015, 20 de abril de 2016, Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de México, ponente: Piña Hernández, tesis: 1a. CCLXXXVIII/2016 (10a.), publicada el 2 de diciembre de 2016, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 37, diciembre de 2016, t. I, p. 363], en tanto “*consiste en la capacidad de elegir y materializar libremente planes de vida e ideales de excelencia humana, sin la intervención injustificada de terceros [...] está vinculado estrechamente con la autonomía personal, pues se trata de un bien necesario para ejercerla, pero tiene también una especial conexión con la realización de diversos bienes colectivos, como la democracia o la generación y transmisión del conocimiento, de aquí que se le reconozca un peso especial en las democracias constitucionales*” [Amparo en revisión 4865/2018, 30 de octubre de 2019, Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de México, ponente: Piña Hernández, tesis: 1a. CXX/2019 (10a.), publicada el 6 de diciembre de 2019, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 73, diciembre de 2019, t. I, p. 331].

valores de la Convención al Derecho interno, se hacía una necesidad imperiosa, una verdad a gritos.

2º. Por la necesidad de desarrollar el artículo 89 de la Constitución, que reconoce y protege los derechos de las personas en situación de discapacidad, a la vez que establece el deber del Estado cubano de promover el ejercicio pleno de sus derechos.

3º. Por el sentido de armonía, cohesión, coherencia del ordenamiento jurídico, impulsado por la reforma del Derecho procesal, primero (2021), y del Derecho familiar después (2022), que constituyeron sendos catalizadores de la reforma parcial del Código civil. Resultaba un sinsentido visibilizar los derechos familiares de las personas en situación de discapacidad desde la mirada convencional, cuyo ejercicio se realiza ya sea por sí, o por medio de apoyos, con ajustes razonables y con el control y las garantías que ofrecen las salvaguardias, también reconocidas a través de un procedimiento de provisión de apoyos y salvaguardias encauzado por los trámites de la jurisdicción voluntaria, si la norma rectora, básica de la regulación de la capacidad jurídica de las personas, se mantenía impasible. Las personas en situación de discapacidad, antes de ejercer derechos familiares y solicitar tutela judicial efectiva son eso, personas, cuyos derechos deben ser reconocidos por el Derecho civil, cuyo centro de atención es la persona misma.

La reforma introducida, por su parte, responde en esencia a promover la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad e intencionar su autonomía privada como eje central del ejercicio de los derechos de los que son titulares. Esta autonomía privada tiene diversas manifestaciones en el texto de los preceptos incorporados al Código civil que sustentan su nuevo estatuto jurídico –hoy día complementado con la Instrucción 278/2023, de 20 de enero, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, importante herramienta técnica dirigida a la interpretación y aplicación de las normas contenidas tanto en el Código civil como en el Código de procesos en este orden–.

### **3. LOS APOYOS EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD**

El que se reconozca que todas las personas pueden ejercer la capacidad jurídica, no implica en modo alguno que todas lo puedan hacer sin necesidad

de apoyos, de ahí que en el lenguaje convencional alcance una connotación especial esta figura, que se convierte en una de las piedras angulares de la Convención.<sup>19</sup> En el informe de la Relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad se ofrece un panorama de apoyos que abarca una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo. También se incluye la asistencia personal; el apoyo para la adopción de decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica; el apoyo para la comunicación, como los intérpretes de lengua de señas y los medios alternativos y aumentativos de comunicación; el apoyo para la movilidad, como las tecnologías de apoyo o los animales de asistencia; los servicios para vivir con arreglo a un sistema de vida específico, que garanticen la vivienda y la ayuda doméstica, y los servicios comunitarios.<sup>20</sup>

En efecto, los apoyos están reconocidos a lo largo de la Convención, la transversalizan. Ante la multiplicidad de alternativas, vías, posibilidades de estos, los apoyos emergen como la “pócima mágica” para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica para aquellos que los necesitan, de manera que todas las personas pueden ejercitar su capacidad jurídica, sin o con necesidad de apoyos. No se trata de que las personas sean iguales, cuando su diversidad funcional apunta a la diferencia, sino que esa igualdad se materialice en la posibilidad que tengan todas de ejercitar los derechos de los que son titulares, en unos casos *per se*, sin más, en otros *per se* con el auxilio, acompañamiento, la asistencia de apoyos, incluidos los apoyos intensos con facultades de representación, con el sentido que invoco de esta figura jurídica y concretamente de lo que suponen tales facultades de representación, ello como alternativa más oportuna y a la vez tuitiva de sus propios derechos, en todo caso, atendiendo a la voluntad, los deseos, las preferencias, el historial de vida de la persona requerida de apoyos. Se trata de lograr una igualdad jurídica, de manera que la persona en situación de discapacidad no sienta discriminación por motivo de su diversidad funcional. Una igualdad que se dirige a la inclusión familiar, comunitaria y social.

Los apoyos –tal y como había apuntado– son de naturaleza multiforme, pero en sentido general tienen como “objetivo existencial [...] proveer a que el sujeto ‘apoyado’ pueda tomar sus decisiones y obrar en consecuencia sobre la

---

<sup>19</sup> La palabra “apoyos” surge expresamente de la CDPD, que la utiliza al menos 19 veces (Preámbulo, artículos 4, 9, 12, 16, 19, 20, 23, 24, 26, 29), aunque con variados significados.

<sup>20</sup> INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, en 34º periodo de sesiones en el Consejo de Derechos Humanos, ONU, A/HRC/34/58, p. 20.

base de la comprensión de las circunstancias que requieren de su decisión u obrar”.<sup>21</sup> Se trata del tentáculo del cual dispone la persona para alcanzar su inclusión social y poder ejercer derechos y concluir válidamente en el mundo jurídico actos y negocios jurídicos, de este modo, “[...] el sistema de apoyos permite a la persona con discapacidad ejercer su autonomía, ejercitar su capacidad funcional de comprender situaciones cotidianas y generar confianza para tomar decisiones que la afectan. Esto también genera un aumento en la autoestima de la persona, así como, el desarrollo de habilidades de independencia. Los impactos positivos del sistema de apoyos son armónicos con el respeto a los derechos a la dignidad humana y la igualdad, pues se parte de la base de que, independientemente la deficiencia cognitiva que tenga una persona, ella es un fin en sí mismo, cuenta con un proyecto de vida que se construye de forma autónoma, y en ese sentido, su voluntad debe ser el centro de la toma de decisiones. Por su parte, el Estado solo debe reconocer su capacidad legal y prestar los apoyos necesarios para que lo haga en igualdad de condiciones a las demás”.<sup>22</sup> La alternativa del apoyo no tiene por qué implicar una restricción al ejercicio de la capacidad jurídica, aunque algunos ordenamientos no han desechado tal posibilidad.<sup>23</sup> El ejercicio es una invariable, lo que muta es la provisión de apoyos, ya sean dispuestos en sede extrajudicial o designados en la judicial, los cuales en cualquiera de las distintas opciones van a estar a disposición de la persona para que tal ejercicio pueda realizarse. Así sea el nivel cognitivo, de discernimiento y las capacidades de respuesta de cada persona, así serán los apoyos, quienes tendrán a su cargo una labor de ayuda, auxilio o asistencia, dirigidos al conocimiento, información, comprensión de la persona, que podrá fluctuar de un nivel menos intenso a uno mucho más intenso, llegando por excepción a expresar la voluntad de la persona en la toma misma de decisión, en función siempre de sus deseos, voluntades y preferencias.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> GIAVARINO, M. B., Mónica P. BALMACEDA, “La consideración del sistema de ‘apoyos’ como recurso autónomo”, *Derecho de la familia y de las personas*, Buenos Aires, Año IX, No. 11, diciembre 2017, p. 156.

<sup>22</sup> Así se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-025-21 de 5 de febrero de 2021 (ponente: Pardo Schlesinger), disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-025-21.htm> [consultada el 28 de agosto de 2021].

<sup>23</sup> Tal es el caso del Código civil y comercial de la Argentina de 2014, en vigor desde el 1 de agosto de 2015, en sus artículos del 31 al 42, que prevén la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica y la incapacidad (aun cuando se trate de casos excepcionales).

<sup>24</sup> En la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia ya referenciada se ha afirmado que: “El rol del apoyo no es el de sustituir la voluntad de la persona con discapacidad, validarla ni habilitar la celebración de actos jurídicos. El rol del apoyo, en contraste, es ayudar a la persona con discapacidad a formular una voluntad frente a la posibilidad de realizar un acto jurídico, y exteriorizarla, o en dado caso, representarla al ejecutarlo. De tal forma, en los casos en los que la

A los apoyos les corresponde “garantizar la búsqueda de la voluntad de la persona, lo que hubiera querido, quiere o podrá querer, valorando todas las herramientas y referencias posibles sin limitación. Todas las situaciones que se pueden presentar en la práctica pueden ser resueltas a través de la implementación de apoyos, cuyas actuaciones podrán variar en su extensión e intensidad de acuerdo a los alcances fijados en la sentencia, de acuerdo con los requerimientos específicos de cada persona, a fin de garantizarle la toma de decisiones respetuosas de su voluntad, deseos y preferencias”.<sup>25</sup> Se trata de entallar las ropas a la medida de la persona. Los apoyos deben ajustarse a las necesidades de la persona en situación de discapacidad<sup>26</sup> sobre las premisas de la proporcionalidad<sup>27</sup> y la temporalidad.

La figura de los apoyos transversaliza toda la reforma, al constituir la herramienta jurídica que el Estado debe proveer a las personas para el ejercicio de sus derechos.

El sistema de apoyos establecido en el Código civil –luego complementado por la Instrucción No. 278/2023 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo– se caracteriza por:

1º. Tener la más diversa naturaleza, al constituir arreglos oficiales y oficiosos que en primer orden puede hacer la propia persona en situación de discapacidad.

---

*persona se encuentre imposibilitada para manifestar su voluntad, es necesario que los apoyos se dirijan a materializar la decisión más armónica a la vida, contexto y /o entorno social y familiar de la persona en cuestión, elementos que ayudarán a ‘interpretar la voluntad’ del sujeto titular del acto jurídico”.*

<sup>25</sup> EMBARDE, SOLANGE, “Salud mental: sistemas de apoyo, hacia nuevos horizontes”, *Revista de Derecho de Familia*, 2015-V (octubre), p. 77.

<sup>26</sup> Dicha “necesidad supone que las medidas de apoyo no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad”. *Vid.* PETIT SÁNCHEZ, M., “Instituciones jurídicas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad en el Derecho civil español actual. Perspectivas de futuro”, *Tesis doctoral*, p. 260.

<sup>27</sup> Apunta PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho civil*, Vol. V, No. 3 (julio-septiembre 2018), p. 22, que “(l)a nueva regulación de la asistencia a la discapacidad tiene como principal finalidad adecuar con la mayor precisión esa asistencia o apoyo a las necesidades de la persona con discapacidad, de manera que exista una correlación lo más exacta posible entre protección y necesidad de protección, entre ayuda y necesidad de ayuda, entre grado de discapacidad y grado de asistencia, y con ello se respete, al máximo posible, la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad”.

2º. Constituir formas de asistencia que facilitan el ejercicio de los derechos, asistiendo a la persona en situación de discapacidad, ayudándoles en la toma de decisiones, en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de sus efectos, en la formación de la manifestación de voluntad y en la interpretación de la voluntad de quien lo requiere, sin que –en esencia– suponga actuación representativa alguna (artículo 30.3), si bien por excepción es posible el ejercicio de tales facultades.

3º. Responder al principio del respeto a las voluntades, los deseos y las preferencias de la persona en situación de discapacidad, promoviendo su autonomía y realización del proyecto de vida (artículos 30.4 y 31.2), incluso en el supuesto excepcional de un apoyo intenso con facultades de representación, caso en el cual tales facultades no suponen técnicamente hablando una verdadera representación o sustitución de voluntades, sino una mera sustitución física, en tanto el apoyo ha de expresar la voluntad hipotética de la persona apoyada.

4º. En correspondencia con lo anterior, hacer prevalecer la provisión de apoyos voluntarios, en sus más diversas manifestaciones (artículo 30.3 y 5), en tanto su designación en vía judicial tiene naturaleza subsidiaria (así lo dispone el artículo 31.1 en relación con el apartado Primero, numeral 1, de la Instrucción No. 278/2023).

5º. Excluir –cuando sean provistos en sede judicial y la persona no tenga discernimiento– el criterio del mejor interés de la persona en situación de discapacidad para enfocarse en el de la mejor interpretación de la voluntad, o sea, la reconstrucción de la voluntad hipotética de la persona a partir de su trayectoria vital, el conocimiento que de sus manifestaciones previas se tenga y la información que puedan brindar las personas de confianza, o sea, su construcción se erige desde la subjetividad y no desde la objetividad que el mejor interés supone (según el artículo 30.4 y el apartado NOVENO, numeral 2, de la Instrucción No. 278/2023).

6º. Tener carácter temporal o circunstancial, tanto la persona cuando provee sus propios apoyos en sede notarial debe establecer en la escritura pública su duración, según se dispone en el artículo 30.5, como el tribunal cuando lo designa en la sentencia, también debe prever el plazo de duración a tenor de lo regulado en el artículo 31.2; temporalidad que también recalca el apartado SEXTO de la Instrucción No. 278/2023.

7°. Ser flexibles y graduables, de conformidad con la evolución de la situación de discapacidad de la persona y el comprometimiento del discernimiento, llegando a ser, por excepción, intensos, a tal punto que o bien la propia persona en la escritura pública en la que los designó, o bien el tribunal competente que los proveyó, pueden disponer –como excepción– de facultades de representación para la realización de actos jurídicos o materiales concretos o el ejercicio de determinados derechos (artículo 31.3), de modo que al decir del apartado séptimo de la Instrucción No. 278/2023, *“el apoyo designado otorgará los actos concretos a que la resolución judicial se refiere, en la cual, se expresarán los que se limitan de actuación”*.

8°. No asumir la responsabilidad de la decisión tomada por la persona apoyada, dado que la autonomía y libertad que reconocen tanto la Convención como el Código civil están en justa simetría con el nivel de responsabilidad (artículo 30.6).

### 3.1. DEL APOYO AL APOYO INTENSO CON FACULTADES DE REPRESENTACIÓN

Habíamos apuntado que los apoyos son flexibles o graduables. En la medida en que evoluciona la situación de discapacidad en una persona, los apoyos, tal y como fueron concebidos inicialmente por la propia persona que los nombró o por el tribunal que los designó de conformidad con sus voluntades, deseos y preferencias, pueden ser modulados, de modo que la persona nombrada como apoyo puede alcanzar mayor incidencia en la vida de la persona que requiere de este. Si bien la regla es que el apoyo colabore o facilite en la toma de decisiones de la persona en situación de discapacidad, o le viabilice la comunicación, puede llegar a tener facultades de representación (artículos 30.3 y 31.3 del Código civil<sup>28</sup>). Ahora bien, cómo entender en la retórica del Código las facultades de representación que asume el apoyo, ¿supone un retorno al modelo de sustitución de voluntades? A mi juicio no. La intensidad en el apoyo es un proceso gradual, los tribunales pueden, en su función de contralores, como salvaguardias, al revisar la resolución judicial en la que se designó al apoyo y según la exploración de la persona requerida de apoyos y los dictámenes periciales que lleguen a aportarse, intensificar su labor –en el caso de que previamente ya se haya hecho provisión de apoyos–, llegarle a otorgar facultades de representación, sin las cuales la persona requerida de apoyo quedaría marginada de su entorno familiar y social. Salvo que al momento de su provisión a

---

<sup>28</sup> Este último no es un artículo técnicamente bien logrado al hacer referencia a “representación legal”, si bien excepcional del apoyo intenso, lo cual, como se explica, no procede, por no tratarse de una verdadera representación.

una persona su situación amerite nombrarle un apoyo más intenso, con ciertas facultades de representación, tal y como lo prevé el apartado SÉPTIMO de la Instrucción No. 278/2023, de 20 de enero, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo.<sup>29</sup>

El legislador hace referencia a facultades de representación, no a la representación sin más, similar a la representación de personas menores de edad. No se trata tampoco de una verdadera representación, con facultades sustitutivas que permitan además actuar conforme con el criterio del mejor interés, y no con el de la mejor interpretación de la voluntad. Las facultades de representación para puntuales actos jurídicos (cualquiera sea su naturaleza) o el ejercicio de derechos han de ser determinadas por el tribunal, a menos que la propia persona las haya previsto al otorgar escritura pública sobre provisión de apoyos.<sup>30</sup> No se trata en el orden técnico de una verdadera representación,<sup>31</sup> como tampoco existe en la figura de la representación sucesoria, llamado aún derecho de representación. En esta forma de concurrir a la sucesión, el “representante” no actúa *alieno nomine*, sino hace las veces, va *in locus parentis*, o sea, en lugar del pariente más propincuo al causante que debía haber concurrido, y que no pudo o no quiso concurrir a la sucesión, ni el llamado en segundo orden acude en representación de nadie, ni tampoco existe una persona representada, así, *v. gr.*, el nieto no representa al padre en la sucesión del abuelo, en el sentido de que no concurre a nombre y en representación de su padre, va por sí

---

<sup>29</sup> Según dicho apartado: “El tribunal designa el apoyo de carácter intenso con facultades de representación, a petición de parte; no obstante, puede disponerlo de forma excepcional, para las personas en situación de discapacidad que, luego de haberse hecho un esfuerzo considerable, mediante el empleo de los ajustes razonables pertinentes con el fin de obtener su voluntad, sus deseos y preferencias, esto no haya sido posible y sea necesaria su asistencia para el ejercicio de sus derechos; en ambos supuestos, el apoyo designado otorgará los actos concretos a que la resolución judicial se refiere, en la cual, se expresarán los que se limitan de actuación”. Es dable aclarar que tal otorgamiento no supondría una verdadera representación, sino se actuaría siempre de conformidad con el criterio de la mejor interpretación de la voluntad de la persona requerida de apoyos.

<sup>30</sup> En fin, tales apoyos “tienen carácter excepcional y solo será nombrado el gestor, a tal fin, cuando la persona apoyada no pueda ejercer su capacidad jurídica mediante otro tipo de apoyos. Se configura, por tanto, con carácter excepcional cuando, a pesar de los esfuerzos y ajustes realizados, la persona no pueda manifestar válidamente su voluntad”. *Vid.* LEÑA FERNÁNDEZ, R. y F. CABELLO DE ALBA JURADO, “Capítulo III. El nuevo concepto de capacidad en el Derecho civil”, en Almudena Castro Girona Martínez, Federico Cabello de Alba Jurado, Carlos Pérez Ramos (coords.), *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Vol. I, p. 123.

<sup>31</sup> Para un estudio de la representación voluntaria en el Derecho cubano y lo que ella implica en el orden técnico jurídico, *vid.* LANDESTOY MÉNDEZ, P. L., *La representación voluntaria. Aspectos sustantivos e instrumentales*.

mismo, como heredero que es, llamado en defecto del primero. Empero, todos los ordenamientos jurídicos siguen denominando esta forma de concurrir a la herencia “derecho de representación”, denominación que incluso no responde ni tan siquiera al genio romano. ¿Es acaso una impropiedad en el lenguaje técnico-jurídico? Ahora acontecerá igual, aunque hablemos de apoyo intenso con facultades de representación, el apoyo nunca comparecerá en el instrumento público como representante de la persona que requiere de su asistencia. Si así fuera, se entraría en una contradicción. Habríamos echado por la puerta las figuras de la incapacitación y la de la tutela, y dejaríamos la ventana abierta para que pueda entrar por ella, disfrazada, la de los apoyos intensos con facultades de representación. Otra cosa no sería esta figura, si la filosofía con la que se le interpreta fuera esta.<sup>32</sup> Se trata de un apoyo que actúa sobre la base del principio de la mejor interpretación de la voluntad, el apoyo estaría destinado a verter ante el funcionario competente esa voluntad expresa o a construir la hipotética de la persona requerida de apoyo que en la actualidad no puede expresar su discernimiento, de ahí que el legislador en el artículo 30.4 del Código civil le impone al apoyo *“interpretar la voluntad de la persona a quien asiste, en los casos en que así sea necesario”* para lo cual *“se toma en cuenta el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona a apoyar, sus deseos, preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto”*.

### 3.2. EL PRINCIPIO DE RESPETO A LAS VOLUNTADES, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

La reforma al régimen legal de la capacidad jurídica descansa en la autonomía de la persona, su poder de decisión, la toma de decisiones, aun con apoyos, expresión misma de la libertad. El legislador hace especial hincapié a las voluntades, los deseos y las preferencias de la persona en situación de discapacidad. Cualquier decisión a tomar debe ser de la persona misma, o con la persona. Este principio se ha situado en el pedestal de la reforma introducida en el Código civil cubano. El principio sin dudas está permeado de una fuerte dosis de subjetividad. Se trata de indagar hasta la saciedad la voluntad de la persona que requiere apoyo, ya sea una voluntad expresa porque así lo ha dejado dicho para el acto

---

<sup>32</sup> Por eso, ciertamente se ha dicho que *“(e)l gestor tendrá el carácter de representante de la persona apoyada intensamente pero el juez adoptará las salvaguardas necesarias para que el desempeño de las funciones de este gestor no suponga la suplantación de la voluntad de la persona, ni le cause perjuicio, ni sea condicionado mediante influencia indebida”*. vid. LANDESTOY MÉNDEZ, P. L., *La representación voluntaria...*, cit.

o el derecho en concreto que se pretende o concluir o ejercitar, según el caso, lo cual puede suponer una declaración *ad hoc*, instrumentada por escritura pública; o por documento privado, o incluso externalizada verbalmente, pero con prueba fundada de que la persona en algún momento de su vida lo ha expresado, o en defecto de ello, que tales deseos o preferencias de la persona por una opción de vida, por un determinado comportamiento, por una afición, por un deporte, por una persona, por un proyecto, se hayan externalizado de alguna manera, o pueda colegirse a través de las fuentes de información que el propio legislador ofrece.

Se trata de construir –en ocasiones– la voluntad que muchas veces nunca fue expresamente externalizada, pero sobre la base de esas preferencias y deseos que pueden colegirse de comportamientos, conductas, o simplemente de manifestaciones afectivas desde la grave situación de discapacidad que tiene la persona. El principio conduce a la construcción de una voluntad hipotética, en realidad no vertida, pero colegida de tales comportamientos o manifestaciones afectivas, según el caso; voluntad hipotética que el apoyo está destinado a construir sin incorporar elementos de su propia subjetividad, voluntad que se limitará a externalizar, una vez construida y con el arsenal probatorio a tal fin, cual si fuera un nuncio.

No en balde el legislador en el ya citado artículo 30.4 del Código civil ofrece un catálogo o guía orientativa que habilita el cumplimiento del criterio de la mejor interpretación de la voluntad, a saber:

- a) la trayectoria de vida de la persona;
- b) las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos;
- c) la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona a apoyar;
- d) sus deseos, preferencias;
- e) cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

El apoyo intenso con facultades de representación para el acto puntual en el que asistirá a la persona en situación de discapacidad requerida de apoyo debe cumplir con uno de los principios informantes de las relaciones que se

desarrollan en el ámbito familiar: el respeto a las voluntades, los deseos y las preferencias (*vid.* artículo 3.1 k del Código de las familias), que a su vez se erige en el fundamento o sustento del criterio de la mejor interpretación de la voluntad. De ahí la necesidad de buscar las bases que le permitan encontrar esa voluntad, que pudiera estar expresada en la propia escritura pública que en su día otorgara la persona en situación de discapacidad para proveer apoyos y salvaguardias, pero en ausencia de esta, hay que reconstruir esa voluntad hipotética a la que he hecho referencia. Y en ello incide el historial de vida de la persona a partir de su propia situación de discapacidad, pues no es lo mismo una discapacidad derivada de la existencia de una enfermedad genética, que una discapacidad sobreviniente y además el grado de deterioro cognitivo de la persona, así como el entorno y la realidad familiar en la que ha vivido, que pueden también dar elementos que den información habilitante para reconstruir la voluntad hipotética de la persona a la que se asiste en supuestos de actuar con facultades de representación.

La trayectoria vital o biografía de una persona, estudiada con detenimiento, puede ser trascendente para determinar los deseos y las preferencias que respecto de un puntual tema o esfera de la vida ha expresado o puede colegirse de la conducta o el comportamiento de la persona en situación de discapacidad. Cabe también tomar como referencia, alguna manifestación de voluntad que en contextos similares haya expresado la persona, por ejemplo, en materia de proyecto de vida, matrimonio, unión afectiva o administración o disposición de determinados bienes importantes en su desarrollo vital. Estas manifestaciones de voluntad a que hace referencia el artículo 30.4 del Código civil no requieren se hayan vertido por escrito. Es suficiente que por cualquier vía de las reconocidas en Derecho se hayan externalizado.

Además, teniendo en cuenta que las personas en situación de discapacidad suelen tener personas que le resulten cercanas, que sean apoyos informales como los padres, los hijos, los esposos, hermanos u otros familiares o referentes afectivos propincuos, explorarles puede ser también una fuente de información útil que brinde elementos necesarios para completar el *puzzle* que la reconstrucción de una voluntad hipotética supone. Ahora bien, es una labor de orfebrería que requiere paciencia y un gran deseo y tesón en el apoyo intenso que se provea notarial o judicialmente. Explorar a aquellas personas que en un momento de la vida de la persona en situación de discapacidad estuvieron muy cerca, la asistieron, le transmitieron afectos, puede ser sumamente útil para la persona que hoy se desempeña como apoyo.

La búsqueda de los deseos y las preferencias se convierte en la brújula norteadora de la reconstrucción de la voluntad que hubiera externalizado la persona en situación de discapacidad si la falta de discernimiento actual no aconteciera. Habrá que demostrar ante la autoridad competente que el acto para el cual el apoyo intenso está gestionando su concertación se corresponde con los deseos y preferencias de la persona, de modo que la voluntad que se externaliza no es la del apoyo, sino la de la persona en situación de discapacidad, cuya asistencia del apoyo consiste precisamente en facilitar ante la autoridad competente la expresión de esa voluntad.

Por último, el legislador establece a modo de otra alternativa posible, *“cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto”*. No se trata de que esa alternativa tenga menos valor, sino de que los elementos que le sirvan al apoyo intenso para construir la voluntad hipotética de la persona en situación de discapacidad no son *numerus clausus*. Esta última opción ofrece una regulación de las fuentes de información *numerus apertus*. Competerá a la autoridad decisoria tomar en cuenta esa *“consideración pertinente”*, como un plus, como otra fuente importante de información que tributa a destilar los verdaderos deseos y preferencias de la persona o incluso a dejar a un lado aquellos elementos que inicialmente se tuvieron en cuenta y que esta información reflejada ahora los hace desechables. Será la jurisprudencia la que con el devenir de los casos que resuelva podrá ir colmando el sentido que quiso atribuir el legislador a dichas *“consideraciones”*.

Es dable apuntar que en la reforma introducida al régimen legal del ejercicio de la capacidad jurídica en el Código civil cubano, no hay cabida al principio del mejor interés o interés superior de la persona en situación de discapacidad, *“todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés objetivo”*.<sup>33</sup> No compete a los jueces tomar la decisión que en mejor grado beneficie a la persona, sobre la base de lo que le resulte más útil o más ventajoso desde el lente judicial, sino escudriñar en la búsqueda de la mejor interpretación de la voluntad de la persona.

---

<sup>33</sup> Según expresa GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *“Capítulo XXXIV. El principio de respeto a la voluntad y las preferencias versus el interés objetivo de las personas con discapacidad”*, en Almudena Castro Girona Martínez, Federico Cabello de Alba Jurado, Carlos Pérez Ramos (coords.), *La reforma de la discapacidad...*, I, cit., p. 365.

#### **4. LOS AJUSTES RAZONABLES: NECESARIO CATALIZADOR EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD**

El artículo 2 de la CDPD deja claro que la denegación de ajustes razonables es una forma de discriminación de las personas en situación de discapacidad, convirtiéndolos en una de las pilastras en las que se sustenta el modelo social y de derechos humanos por el que apuesta dicha Convención, de este modo se “establece como obligación de los Estados Partes la adopción de medidas pertinentes para asegurar la aplicación de ajustes razonables, factor clave para promover la igualdad y eliminar la discriminación”.<sup>34</sup>

Prevé también la reforma al régimen legal de la capacidad jurídica en el Código civil cubano, los ajustes razonables como un eslabón esencial para potenciar el ejercicio de los derechos sin motivo de discriminación alguna. En efecto, el artículo 30, en sus apartados 1 y 2, del Código civil regula el derecho a solicitar del Estado o entidades públicas, o incluso también privadas, los ajustes razonables, siguiendo así el dictado del artículo 5.3 de la CDPD. Como expresa FINSTERBUSCH ROMERO, “los ajustes razonables hacen un llamado a la imaginación conceptual, en donde la idea de un tratamiento diferenciado se vuelve necesaria en pro de exigencias de una igualdad material o efectiva. En este sentido, corresponde a una construcción intelectual que busca evitar la discriminación indirecta”,<sup>35</sup> de modo tal que se inscriben “en el cuadro de un derecho a la igualdad que presenta un carácter fundamentalmente reivindicatorio, buscando reposicionar una situación en un orden preestablecido. En este contexto son los particulares y las administraciones públicas los que deben gestionar la diversidad, tanto por la vía de la legislación con posibles excepciones previstas en las leyes como a través de ajustes razonables”;<sup>36</sup> de ese modo se erigen en “una protección de segundo grado, que se activa cuando los principios destinados a las PesD no han podido garantizar los derechos de éstas, eliminando las barreras que impiden la plena inclusión y participación de las mismas y en

---

<sup>34</sup> CISTERNAS REYES, M. S., “Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global”, *Anuario de derechos humanos*, No. 11, 2015, p. 22.

<sup>35</sup> FINSTERBUSCH ROMERO, Christian, “La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 22, No. 2, 2016, p. 228.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

igualdad de condiciones en la sociedad”<sup>37</sup> y “procederán [...] sólo en el evento en que la conducta lo amerite por el nivel de desigualdad de la misma o el desvalor del acto discriminatorio aplicado al caso y finalmente cuando éstas sean razonables. La razonabilidad del ajuste restringe el número de éstos e imposibilita la realización de la medida cuando posee una carga excesiva o indebida o lleva implícita una desproporción tal en comparación al ajuste que finalmente no constituyen un deber y por tanto no son exigibles, dejando de ser su realización obligatoria”<sup>38</sup>.

El estatuto de los ajustes razonables si bien se esboza en la reforma contenida en el Código civil, su desarrollo en el contexto cubano está previsto en la citada Instrucción No. 278/2023, aun cuando tanto el Código de procesos<sup>39</sup> como el Código de las familias<sup>40</sup> hagan referencia a ellos, pero desde un perfil concreto y preciso, no con el alcance general que se recrea en la citada Instrucción. En principio, hay que tener en cuenta que “(n)o hay una enumeración taxativa de qué ha de entenderse por apoyo ni ajuste razonable, dependerá de la persona y del acto jurídico que se vaya a otorgar, que cuanto más complejo, más intensidad de apoyo requerirá”<sup>41</sup> tal y como ya se ha explicado.

De lo previsto cabe colegir que los ajustes razonables:<sup>42</sup>

---

<sup>37</sup> *Idem*, pp. 230-231.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 231.

<sup>39</sup> En el artículo 9.3 se hace referencia a la ajustes razonables cuando se ventilen cuestiones relacionadas con las personas en situación de vulnerabilidad “*en cuanto al acceso a la justicia, las audiencias, los actos de comunicación procesal, la intervención de los especialistas que requiera su condición, el uso del lenguaje, la redacción de las resoluciones judiciales, los medios de ejecución y cualquier otra medida necesaria para garantizar su participación y la defensa de sus derechos*”.

<sup>40</sup> Así, en el régimen de comunicación familiar (artículo 157), en los pronunciamientos respecto de la resolución judicial que dispone el divorcio (artículo 280.2), en los pactos sobre el divorcio (artículo 290.3), en los pactos extintivos de las uniones de hecho afectivas (artículo 329.3), respecto de las personas adultas mayores (artículo 427) y en relación con las personas en situación de discapacidad (artículo 435).

<sup>41</sup> SERRANO YUSTE, J., “Capítulo XXIX. Apoyos judicial y actuación notarial”, en Almudena Castro Girona Martínez, Federico Cabello de Alba Jurado, Carlos Pérez Ramos (coords.), *La reforma de la discapacidad...*, cit., Vol II, p. 191.

<sup>42</sup> Es dable apuntar la valiosa y aguda precisión que ofrece DE ASIS, sobre lo razonable en el Derecho y su distinción de lo racional, según la cual, “(e)n la delimitación de lo razonable debemos partir señalando que no es lo mismo racional que razonable; racionalidad y razonabilidad no tienen por qué coincidir. Así, puede haber medidas racionales que no sean razonables y también podemos pensar en medidas razonables pero irracionales

1º. Se trata de un derecho independiente y complementario del derecho a solicitar la provisión de apoyos (se colige del artículo 30.1 del Código civil y del apartado Vigésimo de la Instrucción No. 278/2023).

2º. Se solicitan a instancia de parte interesada, que serían los mismos legitimados para una provisión de apoyos (apartado Vigésimo de la Instrucción No. 278/2023).<sup>43</sup>

3º. Constituyen una obligación *ex nunc* para quien está en el deber de facilitarlos, lo que significa que estos son exigibles desde el momento en que una persona en situación de discapacidad los necesita.

4º. Son destinatarios de dicha solicitud tanto las personas naturales como las personas jurídicas (entre ellas los entes administrativos), titulares de un servicio o prestación (apartado Primero, acápite 3 *in fine*, de la Instrucción No. 278/2023).<sup>44</sup>

5º. Ante la denegación de los ajustes razonables por las personas naturales y jurídicas que corresponda, cabe su solicitud en vía judicial, expresión del derecho a la tutela judicial efectiva (apartado Vigésimo de la Instrucción No. 278/2023).<sup>45</sup>

---

(puede ser que algo sea razonable desde un punto de vista ético pero irracional desde un punto de vista jurídico).

"El discurso de lo razonable se contrapone al discurso de la verdad y de la certeza. Así, lo razonable en el campo jurídico no tiene que ver con el uso de reglas, por más que estas puedan ser evaluadas en términos de razonabilidad. La razonabilidad tiene que ver con el saber práctico, con la argumentación y con los principios. No podemos considerar que el uso de lo razonable nos lleva a una única solución correcta pero sí que nos sirve para delimitar un marco en el que situar las decisiones admisibles y, con ello, identificar aquellas que son incorrectas". *Vid.* DE ASÍS, Rafael, "El eje de la accesibilidad y sus límites", *Anales de Derecho y discapacidad*, No. 1, Año I, septiembre 2016, pp. 60 y 61.

<sup>43</sup> Se entiende que la persona que puede solicitar la provisión de apoyos puede a su vez interesar los debidos ajustes razonables, sea la propia persona en situación de discapacidad, o lo sea un tercero.

<sup>44</sup> *Apud* CISTERNAS REYES, M. S., "Desafíos y avances...", *cit.*, p. 34.

<sup>45</sup> La vía judicial siempre será una vía supletoria, posible en caso de denegación de los ajustes razonables solicitados ante la administración u otro entre público o privado. Competerá al promovente acreditar la solicitud previa de tales ajustes y la denegación injustificada que le ha provocado un perjuicio que supone el no ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás.

6°. Implican una modificación o adaptación,<sup>46</sup> necesaria y adecuada<sup>47</sup> del medio en que se desenvuelve la persona en situación de discapacidad,<sup>48</sup> en tanto que las normas vigentes no logran ofrecer la solución propicia para que dicha persona pueda disfrutar del goce o ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas (artículo 30.2 del Código civil y apartado Decimonoveno de la Instrucción No. 278/2023).

7°. Conllevan una solución para un caso puntual, particular o determinado,<sup>49</sup> a partir de la específica necesidad de la persona en situación de discapacidad y el carácter razonable del ajuste (artículo 30.2 del Código civil y apartado Vigésimoprimer, acápite 1, de la Instrucción No. 278/2023).

8°. No pueden suponer una carga desproporcionada o indebida<sup>50</sup> para la persona física o jurídica (incluida el Estado) que –en razón del servicio o

---

<sup>46</sup> Si bien no resulta necesario determinar “las acciones precisas a realizar ni tampoco en qué ámbitos, por lo que su redacción se ha dejado abierta para que las autoridades o las personas encargadas de realizar el o los ajuste(s) puedan elegir aquella(s) práctica(s) que mejor se adapte(n) para el cumplimiento de la finalidad, en consideración a las particulares características del sujeto receptor o beneficiario del ajuste y su entorno, del medio o procedimiento que se debe adaptar y de las características culturales y nivel de desarrollo de cada país o sociedad [...]”. *Vid.* FINSTERBUSCH ROMERO, C., “La extensión de los ajustes razonables...”, *cit.*, p. 238.

<sup>47</sup> Entendiéndose por tales aquellas que deben cumplir con el objetivo de ajustar la situación existente con el objetivo de que las personas en situación de discapacidad puedan incluirse en igualdad de condiciones a la sociedad, eliminándose la barrera existente hasta este momento.

<sup>48</sup> Tal adecuación ha de realizarse de forma eficaz y práctica, con el fin de acomodarse a las situaciones, intentando alcanzar una igualdad material para el sujeto afectado. No obstante, tal adecuación debe realizarse hasta el límite, de modo tal que no signifique para quien presta el servicio una carga desproporcionada, aplicando siempre ciertos criterios para su determinación, entre los cuales se encuentran el de los costos-beneficios o de justicia-equidad.

<sup>49</sup> El ajuste razonable se debe aplicar a un caso particular, a una situación específica, en virtud de la cual la norma, al no haber sido concebida con carácter discriminatorio, adquiere este carácter al ser aplicada al caso concreto.

En el plano jurisprudencial se ha dejado sentado que “[...] 67. Mediante la realización de ajustes razonables se pretende que las personas con discapacidad tengan las mismas condiciones que el resto de las demás personas para hacer valer sus derechos sin que la condición de discapacidad sea de suyo una limitante para ello. Los ajustes implican cierta flexibilidad en la respuesta jurídica para atender las especificidades del caso concreto y salvaguardar el principio de igualdad y no discriminación”. Corte Suprema de Justicia de México, Sentencia de 13 de marzo de 2019.

<sup>50</sup> En la doctrina se esgrimen como parámetros para determinar la desproporcionalidad de la carga: los costos de la medida, los efectos discriminatorios que podría suponer su no adopción y la estructura y características de la persona, entidad u organización que había de ponerla

prestación que brinda— debería garantizar a las personas en situación de discapacidad el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás (artículo 30.2 del Código civil y apartado Vigésimo de la Instrucción No. 278/2023).

9º. La proporcionalidad<sup>51</sup> debida entre el ajuste pretendido (modificación o adaptación) y la necesidad y adecuación (razonable)<sup>52</sup> física, sensorial o intelectual de la persona en situación de discapacidad, según el derecho de goce o ejercicio de que se trate (apartado Vigésimoprimer, acápite 3 de la Instrucción No. 278/2023).<sup>53</sup>

---

en práctica, llevando a cabo el ajuste. *Vid.* FINSTERBUSCH ROMERO, C., “La extensión de los ajustes razonables...”, *cit.*, p. 233.

“Es necesario aclarar que lo que la evaluación de la carga indebida del ajuste razonable no debe tomarse solo desde la perspectiva del costo económico, sino también desde otros aspectos cruciales como el impacto que la adopción de tal ajuste tendrá en el resto de personas con y sin discapacidad, el beneficio inclusivo que supone su adopción, la viabilidad de su concreción, entre otros. Sin embargo, se debe tener en cuenta que al adoptar ajustes razonables siempre se presentarán cargas, pero lo que no pueden ser es ser indebidas o excesivas”. *Vid.* BOLAÑOS SALAZAR, E. R., “La idea de los ajustes razonables como forma complementaria para conseguir la igualdad de las personas con discapacidad”, *Actualidad jurídica*, No. 8, 2015, p. 51.

<sup>51</sup> Al decir de R. DE ASÍS, “[...] la proporcionalidad supone: (i) examinar si los bienes que se sacrifican con el ajuste pueden ser satisfechos con otras medidas o solo prohibiendo el ajuste, (ii) evaluar si hay medidas (ajustes) mejores; (iii) comparar las ventajas y sacrificios de una u otra”. *Vid.* DE ASÍS, R., “El eje de la accesibilidad...”, *cit.*, p. 62.

<sup>52</sup> Como expresa FINSTERBUSCH ROMERO, C., “La extensión de los ajustes razonables...”, *cit.*, p. 240: “La razonabilidad del ajuste y su límite debe ser determinada ante la existencia de casos concretos, sea que los sujetos vulnerados por la acción constituyan personas individuales o grupos específicos, quedando bajo criterios de ponderación por parte de las autoridades judiciales y públicas competentes en la modificación de políticas y procedimientos, la acción mayormente eficaz para cumplir con este fin. En este sentido, ella debe tener en cuenta elementos conectados con la eficiencia y economía en el uso de los recursos, conjuntamente con criterios de justicia, equidad y no discriminación. Existe una obligación jurídica de buscar soluciones, pues en caso contrario se producirá una discriminación indirecta en el ejercicio de un derecho fundamental”.

<sup>53</sup> Para determinar el límite del ajuste ha de tenerse en cuenta varios factores, entre ellos: “La situación de discapacidad de la persona, la que debe determinarse respecto de la interacción de la misma con el medio donde se desenvuelve; La magnitud de la transgresión del derecho; El desvalor que conlleva la transgresión del derecho y el valor que implica para la sociedad su reparación; Las características del acto que restablecerá el derecho vulnerado en el caso particular, y Las características particulares del sujeto que debe realizar el ajuste en consideración al derecho transgredido”. La debida ponderación que en su momento haga la autoridad competente posibilitará determinar en cada caso la existencia de un ajuste razonable o una carga indebida. *Vid.* FINSTERBUSCH ROMERO, C., “La extensión de los ajustes razonables...”, *cit.*, pp. 241 y 242.

## 5. LAS SALVAGUARDIAS: EL TERCER LADO DE ESTE TRIÁNGULO EQUILÁTERO

La autonomía que propugna la CDPD va de la mano de la seguridad que es necesario mantener en el orden jurídico; en tal sentido se hace imprescindible no solo la provisión de apoyos que asistan y faciliten el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, sino también la determinación de las salvaguardias que sirvan de contrapeso a la labor que desempeñan los apoyos para evitar conflictos de intereses, influencias indebidas o voluntades captatorias, o cualquier irregularidad por parte de aquellos, que lleven a que se distorsione el principio de respeto a las voluntades, los deseos y las preferencias de las personas en situación de discapacidad. Según el dictado del artículo 12.4 de la citada Convención, *“Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*. De ahí se colige que las salvaguardias son los antídotos para evitar irregularidades e incoherencias en el desempeño de los apoyos que voluntaria o judicialmente resultan provistos respecto de una persona en situación de discapacidad. Pueden ser de la más diversa naturaleza, desde instituciones, entidades públicas o privadas, así como medidas mismas de control, incluidas las de naturaleza legal.<sup>54</sup> Es dable apuntar que

---

<sup>54</sup> La profesora VALDÉS DÍAZ hace referencia a la prevista en el artículo 31.2 *in fine* del Código civil, que “destaca expresamente que no pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia de género o familiar en cualquiera de sus manifestaciones. Esta prohibición se convierte en una salvaguardia genérica a la persona en situación de discapacidad, a tono con lo estipulado en el artículo 86 de la Constitución de 2019, que proclama el carácter destructivo de la violencia familiar para las personas implicadas, las familias y la sociedad, lo que se extiende también a grupos vulnerables, señalando el precepto constitucional que cualquiera de sus manifestaciones es sancionada por la ley”. Vid. VALDÉS DÍAZ, C. del C., “Nueva visión de la capacidad jurídica y los cambios esenciales a su regulación a partir del Código de las familias”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.), *Las recientes reformas al Código civil cubano (A propósito de la Ley No. 156/2022, de 22 de julio, Código de las familias)*, p. 28.

“aun permitiendo a los Estados la eventualidad de establecer salvaguardias, que de algún modo comportan limitación, estas no son irrestrictas, antes bien, deberán ser proporcionales, apropiadas a la idiosincrasia de la persona y de su entorno, con la duración mínima posible y sujetas a supervisión y fiscalización por autoridad judicial o de otro carácter, sin ataduras o vínculos espurios y en una posición de neutralidad”.<sup>55</sup>

Su finalidad ya ha quedado expuesta, y es:

- a) velar por que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona en situación de discapacidad;
- b) que no hayan conflicto de intereses ni influencia indebida desde los apoyos hacia las personas en situación de discapacidad.

Y así ha sido prevista en el artículo 30.7 del Código civil, tras la reforma operada por el Código de las familias, precepto que adiciona además como una de sus finalidades “evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas”, en relación también con la Instrucción No. 278/2023, en la que se califican a las salvaguardias como “medidas destinadas a asegurar que quien sea designado como apoyo actúe conforme al mandato encomendado” (apartado Duodécimo), “control para supervisar el cumplimiento efectivo de las funciones del apoyo o apoyos designados” (apartado Undécimo). Las salvaguardias en el entorno del Derecho cubano –siguiendo los dictados de la Convención– tienen por cometido esencialmente, “custodiar el correcto funcionamiento de la medida de apoyo y [...] por la prevalencia de la autonomía, 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”.<sup>56</sup>

Se caracterizan por:

- a) ser proporcionales<sup>57</sup> (apartado Decimotercero de la Instrucción No. 278/2023);

---

<sup>55</sup> PÉREZ BUENO, L. C., “Capítulo IV. Los orígenes de la reforma civil en materia de capacidad jurídica de personas con discapacidad: crónica sumaria de un pasado cercano”, en *La reforma de la discapacidad...*, I, *cit.*, p. 135.

<sup>56</sup> VALDÉS DÍAZ, C. del C., “Nueva visión de la capacidad jurídica...”, *cit.*, p. 22.

<sup>57</sup> No se puede perder de vista que las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

- b) estar adaptadas a las circunstancias de la persona<sup>58</sup> (apartado Decimotercero de la Instrucción No. 278/2023);
- c) aplicarse en el plazo más corto posible<sup>59</sup> (se colige del apartado Decimotercero de la Instrucción No. 278/2023<sup>60</sup>);
- d) estar sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial (apartado Decimosexto de la Instrucción No. 278/2023).<sup>61</sup>

Las salvaguardias pueden ser dispuestas por la propia persona en la escritura pública en que provea apoyos, pero no está compelida a ello (artículo 30.8 del Código civil). Es conveniente que lo haga, pero no es preceptivo. Si fueron previstas, habrá que ajustarse a lo dispuesto en dicha escritura. Cabe también que tan solo se hayan fijado las salvaguardias sin que se determine el modo de actuación ni bajo qué circunstancias.

De no preverse en vía extrajudicial, compete entonces al tribunal en la sentencia que ponga fin al proceso incoado, la designación de las salvaguardias correspondientes, identificando la persona o institución que obrará como tal,

---

<sup>58</sup> Tal adaptación supone la necesidad de tener en cuenta las particularidades que ofrece cada persona de conformidad con su situación de discapacidad.

<sup>59</sup> La temporalidad es un rasgo que les caracteriza. Responde al principio de intervención mínima.

<sup>60</sup> Se deja claro que el tribunal en la sentencia indicará el periodo de ejecución de las salvaguardias, lo que supone su temporalidad.

<sup>61</sup> Ello supone una rendición de cuentas periódica, a los fines de evaluar el comportamiento de los apoyos, y si realmente la función que han desempeñado va en sentido de favorecer el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad y su inclusión familiar, comunitaria y social. Compete esencialmente a los tribunales la fijación tanto del plazo en que se rendirá cuentas, como el momento y el control mismo de dicha rendición.

En la doctrina española, tras la reforma al régimen legal de la capacidad jurídica contenida en la Ley 8/2021, de 2 de junio, se ha dicho que: "La experiencia pone de manifiesto que la mejor salvaguardia es establecer el cauce y la necesidad de informar sobre la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad afectada por la medida de apoyo. Es difícil que el órgano judicial pueda llegar a conocer de las disfuncionalidades que pudieran darse en el ejercicio de estas medidas, si no hay alguien que conozca lo que está ocurriendo, o el riesgo de que pueda ocurrir, y lo ponga en conocimiento del juzgado. Al mismo tiempo, existe un riesgo de que el reseñado deber de información del curador y la consiguiente supervisión judicial del ejercicio de la curatela acabe por estereotiparse, y ser al final una formalidad más. El éxito de la reforma, a mi juicio, no solo radica en la correcta provisión de los apoyos judiciales, sino también en el control del ejercicio de la curatela". *Vid.* SANCHO GARGALLO, I., "Capítulo XVI. Las medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad", en *La reforma de la discapacidad...*, *cit.*, pp. 465-466.

o sea, que será la encargada de verificar el cumplimiento (apartado Decimocuarto, acápite 5, de la Instrucción No. 278/2023, en relación con el artículo 30.8 del Código civil). No obstante, no puede perderse de vista que el propio tribunal puede actuar como salvaguardia cuando evalúa y controla la rendición de cuentas de los apoyos, de modo que ello le permita verificar la ejecución de los deberes que han de cumplir estos, aun cuando no se hayan previsto salvaguardias.

Al igual que los jueces, también el notario puede actuar como salvaguardia de los derechos de las personas en situación de discapacidad. "La intervención del notario es garantía para todas las personas del pleno respeto de su libertad y autonomía, en el campo de las relaciones jurídico privadas, evitando con su actuación influencias indebidas en la formación de la voluntad negocial",<sup>62</sup> es "medio idóneo para garantizar y hacer efectivos los derechos de las personas necesitadas de especial protección, a fin de que puedan ejercitar con garantías su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones".<sup>63</sup>

El Derecho busca la garantía debida con la actuación notarial, nadie mejor que el notario para cumplir con el mandato de la Convención (artículo 12.4), en el sentido de "impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos". Por esa razón, como expresa RODRÍGUEZ ADRADOS, "(n)i el legislador cuando ordena o fomenta la documentación notarial, ni los particulares cuando espontáneamente acuden al Notario, van buscando solamente un documento perfecto formalmente, sin importarles la eficacia o ineficacia, las virtudes o los vicios o defectos del negocio contenido en él [...] y esto es lo que el Notario y el documento notarial han de procurar darles; no sólo el *nomen verum* de la certeza formal, sino el *nomen bonum* de su contenido [...] Sólo así el Notario [...] podrá controlar en profundidad, desde dentro, la legalidad del negocio, en un sentido positivo, ser verdaderamente, como dicen los alemanes, *Rechtswahrer*, guardián del Derecho; y sólo así se conseguirá, incluso, que la misma fe pública no se convierta en mera caricatura, al acuñar una voluntad de las partes que sin duda 'es' su voluntad, pero que no 'sería' tal voluntad de haber estado debidamente informadas y asesoradas",<sup>64</sup> lo cual en sede de personas con discapacidad toma particular relieve.

---

<sup>62</sup> CAVALLÉ CRUZ, A., *El notario como garante de los derechos de las personas*, p. 416.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 417.

<sup>64</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, Año XVII, No. CVII, enero-marzo, 1980, pp. 272 y 273.

De este modo, no caben dudas de que el notario es también una salvaguardia. Y ello no quiere decir, como se dice incluso en la *Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad*,<sup>65</sup> que el notario no sea un apoyo institucional. Lo es, el concepto de apoyos es muy amplio. Y el notario desempeña una labor de asesoramiento, información e incluso puede contribuir a la formación de la voluntad negocial de la persona en situación de discapacidad, alejándola de abusos o influencias indebidas. Pero si dicha persona concurre ante él con apoyos extrajudiciales o incluso judicialmente dispuestos, el notario, más que como apoyo, actúa como contralor o salvaguardia. Es una garantía que ofrece el Estado para que la persona en situación de discapacidad pueda ejercer sus derechos y expresar su voluntad conforme con sus deseos y preferencias y libre de cualquier influencia externa, incluida la que pudiera ejercer el propio apoyo. O sea, “la obligación general de salvaguardar el buen funcionamiento del sistema de apoyos –la inexistencia de abusos, y de influencia indebida, el respeto a la voluntad y preferencias de la persona apoyada– no sólo recae en los jueces y en el Ministerio Fiscal, sino también en diferentes autoridades, funcionarios u operadores –Notarios, Registradores [...]”.<sup>66</sup> La propia *Guía notarial*... reconoce también que actúa como salvaguardia en un doble sentido: “positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, y en un sentido negativo, para impedir abuso e influencia indebida”. Y entre sus recomendaciones establece que compete al notario –a mi juicio como salvaguardia, más que como apoyo–, la “comprobación de que el apoyo no es sustitutivo, ya sea porque fuerce o reuerza la voluntad de la persona con discapacidad, bien porque no intente ayudar a formar y expresar esa voluntad, y se convierta en una expresión unilateral de la persona que presta apoyo, ante una actitud ausente y desentendida por parte de la que tiene discapacidad”; el “(c)ontrol [...] de que el apoyo sea aceptable y suficiente para que la persona con discapacidad se forme su propio consentimiento”; “calificar el resultado final de la actuación con apoyos; en caso de juicio negativo puede y debe denegar su autorización si considera que no concurre una voluntad coherente, libre, consciente e informada”.

---

<sup>65</sup> Comisión de derechos humanos de la Unión Internacional del Notariado.

<sup>66</sup> CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, No. 10, diciembre 2012, p. 81.

## 6. LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. ENTRE LA AUTONOMÍA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA: ESA ES LA CUESTIÓN

La reforma introducida en el Código civil cubano de 1987 por la Disposición final primera del Código de las familias de 2022, sin dudas la más trascendental de todas las disposiciones finales del referido Código, cobra una sustantividad muy significativa. El legislador –animado por la tan ansiada adaptación del Derecho interno a los dictados de la CDPD, ratificada por Cuba, como ya se apuntó, desde 2007– logra incorporar al ordenamiento jurídico cubano la filosofía de la que está impregnada la Convención y sobre todo el principio del respeto a las voluntades, los deseos y las preferencias de las personas en situación de discapacidad y con ello una manifestación concreta de la libertad del ser humano. Se busca potenciar la autonomía de las personas en situación de discapacidad, facilitar el ejercicio de sus derechos y la conclusión válida y eficaz de actos jurídicos. “No se trata de una nueva visión de la autonomía privada, sino de visibilizar que las personas con discapacidad también tienen derecho a ser autónomos”.<sup>67</sup>

La reforma legal es un desafío social sin precedentes que atañe a entidades privadas, servidores públicos, Estado, comunidades, familias y sociedad, pero sobre todo el mayor reto de este cambio de paradigmas supone el cambio de mentalidad –al que ya he hecho referencia–, superar estereotipos, mitos y tabúes que la humanidad durante siglos ha ido dibujando en desmedro de las personas en situación de discapacidad. La reforma introducida reafirma “(e) respeto a la libertad y la dignidad de las personas a través de la observancia de sus voluntades y preferencias”;<sup>68</sup> a la vez que lo “erige como el núcleo central en torno al cual giran los nuevos paradigmas, otorgando un lugar preponderante al ejercicio de la autonomía de la voluntad para configurar la protección futura, a través de mecanismos jurídicos cuya finalidad es la autoprotección de la persona”.<sup>69</sup> En efecto, se proyecta en el ámbito jurídico lo que está aconteciendo en la esfera de los hechos, las personas –estén o no en situación de discapacidad– buscan un anhelo de felicidad, tal anhelo les permite constituir un ámbito de libertad en el que se da primacía a las expectativas y deseos individuales. En expresión del maestro peruano FERNÁNDEZ SESSAREGO, “sólo en muy escasas

---

<sup>67</sup> VALDÉS DÍAZ, C. del C., “Nueva visión de la capacidad jurídica...”, *cit.*, p. 26.

<sup>68</sup> PEREIRA PÉREZ, J., *El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad*, p. 169.

<sup>69</sup> *Ibidem.*

ocasiones durante el humano existir se tiene la oportunidad de vivenciar la libertad. Ello solo ocurre en el instante de las más comprometedoras decisiones, aquella en que la persona tiene que asumirlas por sí misma, sin intervención de otro ser humano [...]. El hallarse en esta situación hace sentir al hombre plenamente responsable de su decisión. Ella compromete todo su ser, lo sume en una radical angustia existencial. La angustia de sentirse responsable de su elección, de no poder transferir a otro ser las consecuencias de su decisión”<sup>70</sup>

El espíritu que informa los apoyos, ajustes razonables y salvaguardias como pilastras esenciales del modelo social y de derechos humanos que en torno a la discapacidad introdujo la CDPD y del que hoy se hace eco la reforma legal operada en Cuba, está precisamente en potenciar el poder de decisión de las personas, la búsqueda de su voluntad –aún sea esta hipotética–, erigida sobre la base de su historia vital y otras fuentes de información. De ahí la trascendencia de los apoyos, como los “tentáculos” que le permiten a la persona asistida acceder a información, ayuda en la toma de decisiones, conducirse por la vida, relacionarse comunicacionalmente, transmitir voluntades; tales apoyos estarán dirigidos a las personas en situación de discapacidad para “que sea(n) no solo protagonista(s), sino incluso directora(s) de la propia obra que es su vida. Ello implica poder elegir, poder crear el guion de su existencia, planificar cada escena, actuar según esas decisiones, que pueden estar equivocadas, pero todos tenemos derecho a equivocarnos. Evitar la sobreprotección, dar la oportunidad de expresar lo que se quiere, no ejercer influencias indebidas para lograr un comportamiento o inducir una elección, eso es apoyar, más allá de propiciar, que también es necesario, las condiciones materiales de existencia”<sup>71</sup>. Si bien los apoyos serán los hombros o los brazos que sostendrán a la persona en situación de discapacidad para desde ahí poner proa y dirigir su propia vida en primera persona del singular, exaltando la dignidad humana, al Derecho le importa la seguridad jurídica de los actos y negocios que concluyen las personas, de ahí la importancia de las salvaguardias que han de establecerse como antídoto ante irregulares conductas que puedan desarrollar quienes fungen como apoyo (de ser estos del orden personal) y evitar así influencias indebidas, manipulación o sustitución de la voluntad. En la misma medida en que el Derecho potencia la autonomía como manifestación de la libertad, ha de prever también los mecanismos que conduzcan a la seguridad jurídica como valor fundante de un Estado de Derecho. En fin, la reforma legal a la capacidad jurídica en Cuba ansía potenciar la dignidad humana como valor supremo, la cual

---

<sup>70</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, p. 993.

<sup>71</sup> VALDÉS DÍAZ, C. del C., “Nueva visión de la capacidad jurídica...”, *cit.*, p. 25.

–tal y como escribió PECES-BARBA– “[...] como paradigma político y jurídico de la modernidad, está conformada por cuatro grandes valores: la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad jurídica. La idea de dignidad humana, para su realización a través de la vida social, inseparable de la condición humana, se plasma en esos cuatro valores, cuyo núcleo esencial lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica [...]”<sup>72</sup>

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTIDA FREJEDO, F., *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- BOLAÑOS SALAZAR, E. R., “La idea de los ajustes razonables como forma complementaria para conseguir la igualdad de las personas con discapacidad”, *Actualidad jurídica*, No. 8, Universidad del Norte, Barranquilla, 2015, pp. 40-54.
- CAVALLÉ CRUZ, A., *El notario como garante de los derechos de las personas*, Jurista editores, Lima, 2012.
- CISTERNAS REYES, M. S., “Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global”, *Anuario de derechos humanos*, No. 11, 2015, pp. 17-37.
- CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, No. 10, diciembre 2012, pp. 61-94.
- DE ASÍS, R., “El eje de la accesibilidad y sus límites”, *Anales de Derecho y discapacidad*, No. 1, Año I, septiembre 2016, pp. 51-67.
- DEL MORAL FERRER, A., “El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Cuestiones Jurídicas*, Vol. VI, No. 2 julio-diciembre 2012, pp. 63-96.
- EMBARDE, S., “Salud mental: sistemas de apoyo, hacia nuevos horizontes”, *Revista de Derecho de Familia*, 2015-V (octubre), pp. 71-78.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.

---

<sup>72</sup> PECES-BARBA, G., “La dignidad humana”, en Rafael de Asís Roig, *et al.*, *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, p. 157.

- FINSTERBUSCH ROMERO, Ch., "La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos", *Revista Ius et Praxis*, Año 22, No. 2, 2016, pp. 227-252.
- GIAVARINO, M. B., Mónica P. BALMACEDA, "La consideración del sistema de 'apoyos' como recurso autónomo", *Derecho de la familia y de las personas*, Buenos Aires, Año IX, No. 11, diciembre 2017, pp. 152- 161.
- GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Capítulo XXXIV. El principio de respeto a la voluntad y las preferencias versus el interés objetivo de las personas con discapacidad", en Almudena Castro Girona Martínez, Federico Cabello de Alba Jurado, Carlos Pérez Ramos (coords.), *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Vol. I, Fundación Notariado, Madrid, 2022.
- GUZMÁN HERNÁNDEZ, T. Y., E. BINDI Y K. REIBER "La dignidad en la Constitución cubana de 2019 y en dos notas comparadas: dimensiones de análisis y retos para el juez", *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, No. 54, julio-diciembre 2019, pp. 5-43.
- LANDESTOY MÉNDEZ, P. L., *La representación voluntaria. Aspectos sustantivos e instrumentales*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R. y F. CABELLO DE ALBA JURADO, "Capítulo III. El nuevo concepto de capacidad en el Derecho civil", en Almudena Castro Girona Martínez, Federico Cabello de Alba Jurado, Carlos Pérez Ramos (coords.), *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Vol. I, Fundación Notariado, Madrid, 2022.
- ORTIZ HERNÁNDEZ, C., "El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en la legislación mexicana", *Letras jurídicas*, No. 39, enero-junio 2019, pp. 171-184.
- PALACIOS, A., "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.
- PARÉS SALAS, A., "Tiempo libre, libre desenvolvimiento de la personalidad e intromisión del Estado en espacios protegidos del ciudadano", *Revista de Derecho público*, No. 112, 2007, pp. 319-324.
- PAU PEDRÓN, A., "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil", *Revista de Derecho civil*, Vol. V, No. 3 (julio-septiembre 2018), pp. 5-28.
- PECES-BARBA, G., "La dignidad humana", en Rafael de Asís Roig, *et al.*, *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Dykinson, Madrid, 2007.
- PEREIRA PÉREZ, J., *El acto en previsión de las futuras discapacidades o la incapacidad*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021.

Apoyos, ajustes razonables y salvaguardias en la dinámica de un nuevo Derecho para las personas en situación de discapacidad

- PÉREZ BUENO, L. C., "Capítulo IV. Los orígenes de la reforma civil en materia de capacidad jurídica de personas con discapacidad: crónica sumaria de un pasado cercano", en Almudena Castro Girona Martínez, Federico Cabello de Alba Jurado, Carlos Pérez Ramos (coords.), *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Vol. I, Fundación Notariado, Madrid, 2022.
- PETTIT SÁNCHEZ, M., "Instituciones jurídicas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad en el Derecho civil español actual. Perspectivas de futuro", *Tesis doctoral*, dirigida por Carolina Mesa Marrero, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, febrero 2021, disponible en <https://accedacris.ulpgc.es> [consultada el 20 de agosto de 2021].
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, Año XVII, No. CVII, enero-marzo, 1980, pp. 255-409.
- SANCHO GARGALLO, I., "Capítulo XVI. Las medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad", en Almudena Castro Girona Martínez, Federico Cabello de Alba Jurado, Carlos Pérez Ramos (coords.), *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Vol. I, Fundación Notariado, Madrid, 2022.
- SANTANA RAMOS, E. M., "Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 29, 2014, pp. 99-113.
- SARLET, I. W., *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.
- SERRANO YUSTE, J., "Capítulo XXIX. Apoyos judicial y actuación notarial", en Almudena Castro Girona Martínez, Federico Cabello de Alba Jurado, Carlos Pérez Ramos (coords.), *La reforma de la discapacidad. Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Vol II, Fundación del Notariado, Madrid, 2022.
- VALDÉS DÍAZ, C. del C., "Nueva visión de la capacidad jurídica y los cambios esenciales a su regulación a partir del Código de las familias", en Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.), *Las recientes reformas al Código civil cubano (A propósito de la Ley No. 156/2022, de 22 de julio, Código de las familias)*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023.

---

**Recibido:** 23/1/2024  
**Aprobado:** 11/2/2024