

## 19ª ENCONTRO INTERNACIONAL DE JURISTAS

### APRESENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE MESAS TEMÁTICAS

Sebastião Helvecio de Castro

### MENSAGEM DO INSTITUTO DI DIPLOMAZIA EUROPEA E SUDAMERICANA

Cláudia Carvalho Barbuda

### COORDENAÇÃO DA COLETÂNEA

Léo da Silva Alves

O ano de 2023 marca os 75 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com instigações que continuam atuais. Por isso, o XIX Encontro Internacional de Juristas, realizado em Funchal – Ilha da Madeira, optou por esse debate, reunindo operadores do direito de vários países em discussões sobre a efetiva aplicação da Carta da Humanidade. Espera-se que os tribunais, a administração pública e a advocacia se esmerem em agir dentro desse círculo, para além da pregação dos valores humanos no magistério jurídico e no ambiente da cidadania.

#### Desafios dos Direitos Humanos

- Pobreza e desigualdades globais
- Discriminação
- Conflitos armados
- Violência urbana
- Impunidade
- Déficits democráticos
- Instituições fracas
- Fragilidade de políticas públicas

# DESAFIOS UNIVERSAIS DOS DIREITOS HUMANOS

DESAFIOS UNIVERSAIS DOS DIREITOS HUMANOS



#### AUTORES

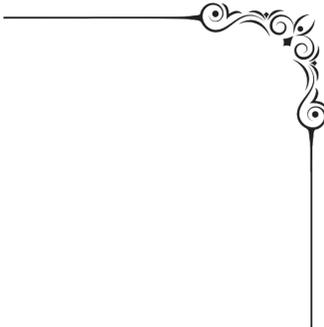
Alejandro Martínez Dhier  
Anderson Tiago F. Santos Sampaio  
Bruno Carvalho Pires Leal  
Edson José Ferrari  
Elke Andrade Soares de Moura  
Eulalia Moreno Trujillo  
Geovana Castro da Costa  
Guillermo Orozco Pardo  
Gustavo Di Angellis da Silva Alves  
José Armando da Costa  
José James Gomes Pereira  
Josinaldo Leal de Oliveira  
Kiyoshi Harada  
Mario Paiva  
Margarita Orozco González  
Marta Morillas Fernández  
Miguel Ángel Moreno Navarrete  
Ricardo Tadeu Bugarin Duailibe  
Rita Agra  
Wanderley Geraldo de Ávila  
Walter Schel Alves da Costa  
Valquíria de Carvalho Azevedo

Publicação do XIX Encontro Internacional de Juristas  
Funchal – Ilha da Madeira – Janeiro – 2023



REDE INTERNACIONAL DE EXCELÊNCIA JURÍDICA



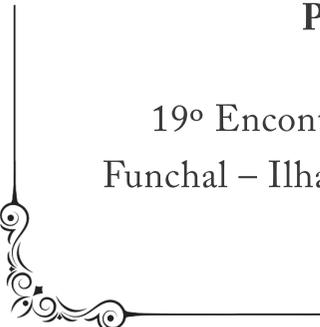


# **DESAFIOS UNIVERSAIS DOS DIREITOS HUMANOS**

**10º volume da Coleção Juristas do Mundo**

**Publicação oficial:**

19º Encontro Internacional de Juristas  
Funchal – Ilha da Madeira – janeiro de 2023



DESAFIOS UNIVERSAIS DOS DIREITOS HUMANOS  
@ 2023 – Da Silva e Alves Consultoria em Gestão Governamental



TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal brasileiro.

**Coletânea de textos que compõem a publicação oficial do 19º Encontro Internacional de Juristas, realizado em Funchal – Ilha da Madeira, de 22 a 26 de janeiro de 2023.**

Organização dos textos: Equipe / Da Silva e Alves Consultoria em Gestão Governamental

Direção executiva: Ana Cácia Freire

Coordenação da obra: Léo da Silva Alves

Diagramação e projeto gráfico: Ana Paula Cunha

Imagem de capa: [www.canva.com.br](http://www.canva.com.br)

Número de páginas: 263

Impresso por: Ideograf Gráfica e Editora – Porto Alegre

E-mail: [dasilvaealves@dasilvaealves.gmail.com](mailto:dasilvaealves@dasilvaealves.gmail.com)

ISBN: 978-65-00-59966-4 – registrado na Câmara Brasileira do Livro em 02/01/2023

---

Desafios Universais dos Direitos Humanos /

Organização: Léo da Silva Alves / coletânea de autores

Coleção Juristas do Mundo – volume X

ISBN 978-65-00-59966-4

1. Direitos humanos
  2. Declaração Universal
  3. Dignidade
  4. Fraternidade
  5. Liberdade
  5. Democracia
- 



# DESAFIOS UNIVERSAIS DOS DIREITOS HUMANOS



**Rede Internacional  
de Excelência Jurídica**



**Istituto di Diplomazia  
Europea e Sudamericana**



## **Excelência Jurídica Internacional:**

### **Dr. José Jardim Mendonça Prada**

*Licenciado em Direito desde 1994, tem um vasto currículo na área da advocacia. Foi presidente do Conselho Distrital da Madeira da Ordem dos Advogados (2011–2013) e foi membro da Assembleia Municipal da Câmara Municipal do Funchal; é Vice-Presidente da Assembleia Legislativa da Madeira e preside o Conselho Consultivo e a Comissão de Regimentos e Mandatos.*

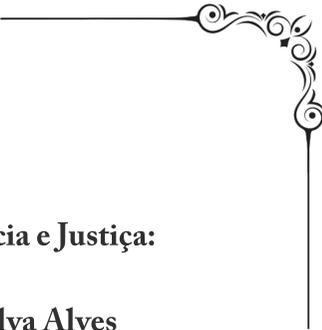
## **Excelência jurídica nacional:**

### **Dr. Edilberto Carlos Pontes Lima (Ceará / Brasil)**

Presidente do Instituto Rui Barbosa

*Pós-doutorando na Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo. Concluiu pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), com estudo sobre federalismo. Doutor em Economia pela Universidade de Brasília, Mestre e Graduado em Economia pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Políticas Públicas pela George Washington University. Foi Presidente do Tribunal de Contas do Ceará, entre janeiro de 2016 e janeiro de 2020.*





**Presidência da Mesa de Advocacia e Justiça:**

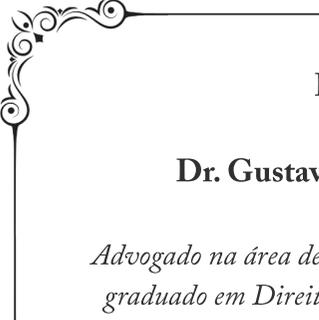
**Dr. Gilbert Di Angellis da Silva Alves**

*Advogado com três pós-graduações em Direito Empresarial e Gestão de Negócios; mestre em Direito Civil e presidente da Comissão de Empreendedorismo Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal. Autor, dentre outras publicações, da obra "Ensino Jurídico em Colapso".*

**Coordenador acadêmico:**

**Dr. Sebastião Helvecio**

*Conselheiro do Centro de Altos Estudos em Controle e Administração Pública do Tribunal de Contas da União. Coordenador do Comitê de Controle Externo da Rede de Governança Brasil. Vice-Presidente de Ensino, Pesquisa e Extensão do Instituto Rui Barbosa. Diretor de Projetos Especiais do Instituto Protege. Professor do Curso de Master Business Administration da HSM University.*



**Diretor executivo:**

**Dr. Gustavo Di Angellis da Silva Alves**

*Advogado na área de responsabilidade de agentes públicos. Pós-graduado em Direito Penal e Crime Organizado. Doutor em Criminologia pela Universidade de Granada. Consultor de normas em Direito Administrativo e Direito Disciplinar para a administração pública.*



**Agradecimentos:**

**Juiz Conselheiro José F. F. Tavares**

*Presidente do Tribunal de Contas de Portugal. Foi entre 2008 e 2020 membro e secretário-geral do Conselho de Prevenção da Corrupção. Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.*

**Dr. Elísio da Costa Amorim**

*Formado em Direito pela Universidade de Coimbra. Membro do Conselho Superior da Ordem dos Advogados de Portugal. Foi deputado na X Legislatura da Assembleia da República – Palácio São Bento.*

**Personalidade da Cultura Internacional:**

**Antonio V. Gelormini**

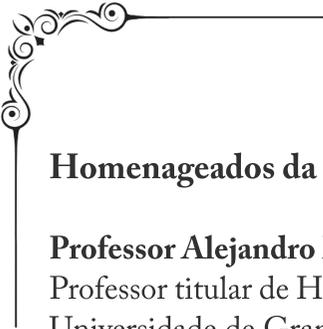
**Jornalista e escritor italiano (Bari/Puglia)**

*Autor dos livros “EPISCOPIVS TROLANVS – Il taccuino di Troia”, de “Pentateuco Troiano” e de “VIS a VIS”; é o fundador da Academia Acquisale e criador das revistas literárias “Il Sale tre le Parole” e “Árabes, arabescos e belezas morescas”. Detentor do Prêmio Riccione (2009) e do Prêmio Sócrates (2021).*



**Apoio:**

Tribunal de Contas de Portugal  
Tribunal de Contas – Seção Regional da Madeira  
Instituto Rui Barbosa (Brasil)  
Assembleia Legislativa da Região Autônoma  
da Ilha da Madeira  
Conselho Regional da Ordem dos Advogados da Madeira  
Tribunal de Justiça da Madeira  
Instituto Rui Barbosa



## **Homenageados da organização**

### **Professor Alejandro Martínez Dhier**

Professor titular de História do Direito e das Instituições na Universidade de Granada (Espanha).

### **Dr<sup>a</sup>. Ana Papapanagiotou**

Juíza Conselheira do Tribunal de Contas da Grécia.

### **Dra. Elke Andrade Soares de Moura**

Procuradora do Ministério Público de Contas – Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

### **Dr. Hernâni de Oliveira Soares**

Advogado e ex-bastonário da Ordem dos Advogados de Cabo Verde (África).

### **Professor José Armando da Costa**

Jurista brasileiro.

### **Deputado José Jardim Mendonça Prada**

Jurista. Vice-presidente da Assembleia Legislativa da Madeira.

### **Professor Kiyoshi Harada**

Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário.

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
MESSAGGIO DELL'ISTITUTO DI DIPLOMAZIA EUROPEA E SUDAMERICANA.....	15
1. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA Y DE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN COMO DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES.....	23
2. A PRIMEIRA INFÂNCIA E OS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	39
3. DIREITOS HUMANOS: QUESTÕES REFLEXIVAS NAS DE- LIBERAÇÕES DAS CORTES DE CONTAS.....	53
4. LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE LA ESCLAVITUD: DERECHOS EN CONFLICTO EN LOS SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 2022.....	65
5. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL GLOBALIZADA.....	91
6. CORRUPÇÃO, DIREITOS HUMANOS, TEORIA DA OPOR- TUNIDADE E PREVENÇÃO.....	111
7. ELEIÇÃO – O PERFIL IDEAL DE UM GUARDIÃO.....	127
8. IDEOLOGIA DOS ESCOLHIDOS: A GÊNESE DA DISCRI- MINAÇÃO.....	139
9. DIREITOS HUMANOS DO CONSUMIDOR: UM OLHAR ESPECIAL PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DO VULNERÁ- VEL UNIVERSAL.....	149
10. DIREITOS HUMANOS, FOME, ÉTICA, RACISMO E PRE- CONCEITO.....	163
11. O ADVOGADO E A VISÃO UNIVERSAL DOS DIREI- TOS.....	173

12. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	183
13. EN TORNO AL CONCEPTO DEL DERECHO CIVIL. LA PERSONA COMO VALOR PERMANENTE. SU «HUMANIZACIÓN».....	199
14. A PANDEMIA E SEUS DESAFIOS: A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO NA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....	213
15. POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	223
16. O REGISTRO CIVIL DE CRIANÇAS CONCEBIDAS POR INSEMINAÇÃO CASEIRA NAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS.....	233
17. DIREITO FUNDAMENTAL À INTERNET E O ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO GOVERNO DIGITAL.....	245
MENSAGEM FINAL.....	257



## **12.**

### **ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

**Marta Morillas Fernández**

Profesora Titular de Derecho Civil – Universidad de Granada.  
Directora del Plan Propio de Investigación. Vicerrectorado de  
Investigación y Transferencia.

#### **I. INTRODUCCIÓN**

**E**l 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) como ideal común de todos los pueblos, en los que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. La riqueza del texto se articula sobre la diversidad de contextos políticos, sociales y religiosos que conformaron los treinta derechos y libertades que se reconocen, y que seguirán siendo la raíz jurídica en la aplicación del derecho a nivel internacional y nacional.

Gracias a este documento la comunidad internacional cuenta desde 1948 con la DUDH, cuyo artículo dos proclama

la titularidad de los derechos y las libertades fundamentales sin distinción alguna “de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”; el artículo seis indica que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. El artículo siete recoge el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, mientras que en su artículo veintidós se declara el derecho de toda persona a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad. También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 reafirma los principios de igualdad, de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad.

Son numerosas las Convenciones Internacionales dictadas a lo largo de estos años para impulsar el reconocimiento y aplicación de estos derechos a nivel mundial y que, sin duda, inciden de manera inherente en las personas con discapacidad. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CNY), se configura, dentro de este marco jurídico general, como un instrumento de concreción de estos derechos. El objetivo de la Convención queda proclamado en su artículo uno al señalar que su propósito consiste en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”; incluyendo bajo el concepto de “personas con discapacidad” a todas

“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La implantación de un régimen jurídico de la discapacidad, desde la dignidad y la igualdad, en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, y en el de su capacidad de obrar, requiere una vocación de generalidad y de armonización normativa a través de la recepción de las disposiciones de la Convención en los ordenamientos internos de los Estados, como así se deriva del artículo doce, que proclama que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Constitución Española reconoce dichos principios: el artículo catorce declara la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; mientras que el artículo cuarenta y nueve ofrece, por su parte, cobertura a la ejecución de políticas activas de integración de discapacitados, al establecer que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención

especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo por Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de ese momento la Convención pasó a formar parte del Ordenamiento jurídico español, con plena eficacia y aplicabilidad directa y con carácter vinculante. Tras la ratificación y publicación de la Convención, el legislador español había acometido la reforma de ciertos aspectos del régimen jurídico de la discapacidad, particularmente en lo relativo al tratamiento registral y a la protección patrimonial de las personas con discapacidad, y había anunciado una reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación para su adaptación a las previsiones de la CNY.

El legislador, por lo tanto, se hacía ya entonces eco de la necesidad de adaptar el régimen legal, sustantivo y procesal, de la incapacidad a los requerimientos de la Convención, y de acometer las reformas legislativas necesarias para llevar a cabo tal adaptación. La más significativa, en este sentido, es la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que modificó numerosas leyes para adecuarlas a la CNY. Es la Disposición adicional séptima de dicha ley la que insta al Gobierno para que, en el plazo de un año, remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación de la normativa del Ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de

las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley debía establecer las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad que la precisen. En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial, respecto a la Ley 26/2011, informó de la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico a los postulados de la Convención, persistiendo en la necesidad de garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no estuviesen en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses fuese la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumplierse los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido. Insistiendo, además, en la obligación de garantizar el respeto a los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, en que las medidas de apoyo en la toma de decisiones y las medidas de protección establecidas en su beneficio se articulasen tomando en consideración sus deseos y preferencias. En este tiempo se ha ido produciendo en la normativa española una progresiva adaptación a los principios de la CNY, entre otros: el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGPD); la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; o la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV), modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en

relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones.

## **II. FUNDAMENTOS DE LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA**

Una vez situado el tema en sus parámetros generales conviene ahora comentar una de las mayores reformas legislativas que se ha producido en el Derecho español, y que se encuentra vinculada al respeto de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. Su base es la consecución efectiva del principio de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica y la eliminación de todo tipo de discriminación por razón de discapacidad, así como el respeto a la dignidad de estas personas, principios que tienen su encaje constitucional en los artículos 14 y 10 de la CE, respectivamente; y a los que se añaden, también como elementos inspiradores de la reforma los señalados anteriormente de la Convención, el respeto a la tutela de los derechos y libertades fundamentales y a la libre voluntad de las personas con discapacidad. La finalidad no es otra que considerarlos como verdaderos sujetos, titulares de derechos y obligaciones, y por tanto, como sujetos aptos para ostentar la capacidad jurídica, lo que no es sino consecuencia ineludible del reconocimiento de la personalidad jurídica y de su libre desarrollo en condiciones de igualdad y conforme a la dignidad inherente a todas las personas.

Para alcanzar semejante objetivo la Ley 8/ 2021, de 2 de junio, modifica la Ley del Notariado, el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley del Registro Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, y el Código de Comercio. Siendo la modificación al Código Civil la más extensa y de mayor calado pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal.

En este ámbito, una de las cuestiones que mayor confusión ha suscitado en nuestro ordenamiento, ha sido el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, entendida como el reconocimiento por el Derecho de la existencia y esencia de la persona y de su aptitud para ser sujeto, activo y pasivo, de relaciones jurídicas, así como el de la capacidad de obrar. Siguiendo los preceptos de la CNY, el legislador español ha tendido a la unificación bajo un mismo concepto de dos rasgos de la personalidad jurídica que hasta ahora han estado bien diferenciados: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, entendida esta última como la aptitud, no ya para ser titular de relaciones jurídicas, de derechos y obligaciones, sino para el ejercicio de dichos derechos y obligaciones, y, por tanto, para realizar actos y negocios jurídicos con plena eficacia. Esta es la línea a la que la Ley se refiere en múltiples ocasiones, al ejercicio de la capacidad jurídica mediante las medidas de apoyo, que no es otra que la capacidad de

obrar. En algunos casos necesitará de apoyo para tomar sus propias decisiones, respetando su voluntad y deseos, y, en otras, necesitará dotar de eficacia a dichos actos a través de un representante, por no poder autogobernarse por sí misma. Para ello, el nuevo sistema abandona la declaración judicial de la incapacidad y de la modificación judicial de la capacidad, incompatible con el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica –y de obrar– de las personas con discapacidad, desapareciendo los términos “incapaz” e “incapacitación” del acervo jurídico. La incapacidad, entendida como ausencia de la capacidad jurídica y de obrar, solo se concibe respecto de los menores de edad, y por consiguiente, la institución tutelar únicamente se contempla con relación a los menores no emancipados en situación de desamparo y a los menores no emancipados no sujetos a la patria potestad. Coherentemente, desaparece la figura de la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la patria potestad.

Respecto a estas consideraciones el Preámbulo de la Ley insiste en que no se trata, de un mero cambio de terminología sobre la incapacidad sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado

sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social.

El juicio sobre la capacidad persiste, pero no para la declaración judicial de la modificación de la capacidad, sino para, en función de su resultado, y en atención a las circunstancias concurrentes, establecer el régimen de guarda legal adecuado y las medidas de apoyo precisas para asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, así como las medidas de salvaguardia adecuadas y proporcionadas para garantizar el funcionamiento regular de las medidas de apoyo; es decir, lo que desde la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha dado en llamar “la confección del traje a medida para la persona con discapacidad”. Así lo señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de septiembre de 2021 al aclarar que “una sentencia judicial que establezca apoyos no lo puede hacer ya en la perspectiva paternalista o médico-asistencial de velar por la persona afectada y promover su desarrollo, sino que debe partir de la capacidad natural y del proyecto vital ya existente (o de su falta) y respetar la libertad mientras responda a una voluntad bien conformada y no perjudique a tercero”.

Se prioriza, por tanto, el autogobierno, la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, y su voluntad, deseos y preferencias. A la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que

puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autotutela. Fuera de ellas conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que pasa a ser una institución jurídica de apoyo sin investidura judicial formal, fuera de los casos en los que se requiera la sustitución y representación de la persona con discapacidad.

La guarda de hecho deja de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea, tal y como se recoge en el Preámbulo de la Ley. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 26 de septiembre de 2022, en cuanto a la preferencia de la guarda de hecho, al establecer que “ la

guarda de hecho en conclusión que, a diferencia de la curatela representativa solicitada para una significativa pluralidad de actos, es plenamente proporcionada a las circunstancias del caso y conforme con los principios de libertad, autonomía y respeto a los propios derechos de la personalidad que constituyen la finalidad perseguida por la nueva legislación”.

La reforma se centra en una modificación prácticamente integral de la curatela como el sistema de guarda legal adecuado para los casos en los que no exista otra medida de apoyo suficiente y adecuada para la persona con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial, tal y como se manifiesta en el Preámbulo de la Ley. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas.

Destacable y referente es la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021, puesto que fue la primera en aplicar el régimen el nuevo régimen de provisión de apoyos. La persona afectada en este caso padece síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad. Esa patología le condicionaba para el cuidado correcto de su salud y su higiene, así como de la higiene del inmueble en el que reside, con riesgo evidente para la salubridad general y en concreto, la de sus vecinos de edificio. El Ministerio Fiscal presentó una demanda de determinación de la capacidad y

constitución de apoyos y salvaguardas para garantizarle el ejercicio de sus derechos. Solicitó que se determinara con precisión la extensión de los medios de apoyo más idóneos, en concreto, los actos para los que precisaría de apoyo y en qué consistirían, respetando al máximo su autonomía. El afectado se opuso expresamente a la provisión de apoyos. Adujo que no padecía ninguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que justificara la declaración de que carecía de capacidad para regir su persona y administrar sus bienes.

Se estimó en parte la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, en cuanto que modificó su capacidad y acordó el nombramiento de la Comunidad Autónoma como tutora del demandado y autorizó que pudiera entrar periódicamente en su domicilio para tareas de limpieza. El recurso de apelación fue desestimado. Durante la tramitación del recurso de casación se promulgó la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El pleno de la Sala de lo Civil estimó en parte el recurso de casación, fundamentalmente, a efectos de adaptar el pronunciamiento a la regulación resultante de la mencionada Ley 8/2021.

Tras esta exposición del nuevo régimen legal y de su aplicación transitoria, la Sala entra a resolver el caso objeto de litigio, afirmando que de la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: a) es aplicable

a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; b) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»; c) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; d) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y e) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. El Tribunal Supremo establece cuáles son las pautas para juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, sobre la base de que el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar «la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica» y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias»

### **III. CONSIDERACIONES FINALES**

Tal y como se puso de manifiesto al comenzar este trabajo, la reforma normativa en el Ordenamiento jurídico es-

pañol ha impulsado y trabajado todos estos años, por el reconocimiento de los Derecho Humanos de las personas con discapacidad. Para ello ha introducido un cambio de paradigma en la legislación, adaptándose a la CNY, y fomentando el derecho a la igualdad, a la no discriminación y al reconocimiento de su personalidad jurídica. Los principales ejes de la reforma, para conseguir los objetivos propuestos se asientan en los siguientes parámetros: a) desaparición de la incapacidad y de la tutela como institución limitativa de la capacidad de personas afectadas por alguna discapacidad; b) fomento del sistema de la guarda de hecho; c) curatela asistencial y representativa, sólo en casos limitados en que, por las circunstancias concurrentes, sea preciso articular medidas sustitutivas de carácter representativo, y solo en la medida y con el alcance que fuere preciso; d) la promoción de la autonomía y la voluntad de las personas afectadas por discapacidades, y la promoción de su autogobierno; y e) el establecimiento de un sistema de apoyos y de asistencia a la persona con discapacidad adecuado a la discapacidad que le afecta que le permita desenvolverse en condiciones de igualdad con las demás personas en todos los aspectos de la vida, basado en la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

## **BIBLIOGRAFÍA**

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, en *Diario La Ley*, nº10021, Sección Dossier, 2022. Wolters Kluwer.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, En *Diario La Ley* nº 9961, Sección Tribuna. LA LEY 12161/2021.

GARCIA RUBIO, M.<sup>a</sup> P., “La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles”, en “*El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*” Wolters Kluwers, 2021.

GÓMEZ- LINACERO CORRALIZA, A. “Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad”, en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, LA LEY 494/2022.

UREÑA CARAZO, B. “El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista”, en LA LEY Derecho de familia, Nº 33, Sección A Fondo, Primer trimestre de 2022, Wolters Kluwer.

VELA TORRES, P.J “Primera sentencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la nueva Ley de apoyo a personas con discapacidad”, *Diario La Ley*, Nº 9962, Sección Comentarios de jurisprudencia, 29 de Noviembre de 2021, Wolters Kluwer.