

LA CAPACIDAD DE LA PERSONA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA EL DERECHO ACTUAL

*The capacity of the person: historical evolution,
from Roman Law to current Law*

MARÍA DEL CARMEN COLMENAR MALLÉN

Universitat Jaume I

Resumen: la capacidad de la persona ha sufrido notables cambios desde su concepción en el Derecho romano, la recepción de este en el *ius commune*, hasta la regulación actual en nuestro Derecho civil actual. El Derecho internacional y su incorporación a los derechos internos de los países se torna fundamental para plantearnos si la normativa actual resulta totalmente divergente al Derecho Romano, o si, en cierta manera, *a sensu contrario*, ha implicado un acercamiento a este en ciertos aspectos.

Palabras clave: Capacidad jurídica. Capacidad de obrar. Incapacidad. Curatela. Convención de Nueva York. Personas con discapacidad.

Abstract: the capacity of the person has undergone notable changes since its conception in Roman Law, its reception in the *ius comune*, up to the current regulation in our current civil Law. International laws and its incorporation into the internal laws of countries becomes essential to ask ourselves if the current regulations are totally divergent from Roman Law, or if, in a certain way, *a sensu contrario*, it has implied an approach to it in certain aspects.

Keywords: Legal capacity. Capacity to act. Incapacity. Guardianship. New York Convention. Disability persons.

SUMARIO: I. Introducción. II. La regulación de la incapacidad en el Derecho romano. II.1. Consideraciones preliminares. II.2. Supuestos de incapacidad de obrar. II.3. Figuras de guarda en el Derecho romano. II.3.1. Tutela. II.3.2. Curatela. III. La Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad. IV. Derecho civil español. IV.1. Principales novedades de las reformas introducidas por la Ley 8/2021. IV.2. Algunas sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la capacidad de la persona encuentra sus más remotos antecedentes en el que constituye la génesis de nuestro Derecho

actual, esto es, el Derecho romano. Por ello, resulta fundamental tomar como punto de partida de este trabajo el estudio de la regulación que el Derecho romano efectuaba de esta institución jurídica. Desde esta perspectiva histórica resulta especialmente relevante y de interés fijarnos cómo la influencia del Derecho romano, con la evolución propia de cada momento histórico y la sociedad en la que ha de aplicarse el Derecho, se ha reflejado en el *ius commune*, y cómo ha llegado a nuestro Derecho civil actual. Por otra parte, aunque es de vital importancia estudiar las normas propias de nuestro Derecho interno, no resulta baladí hacernos eco de la influencia del Derecho internacional en los ordenamientos jurídicos internos de los países y, especialmente, en el nuestro. Por lo tanto, no podemos ni debemos olvidar la notable influencia de la normativa internacional en nuestro Derecho, así como la incorporación de parte de ella a nuestro propio derecho interno para poder comprender el alcance de las modificaciones introducidas recientemente en nuestro país, especialmente por 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. Por ende, debemos reflexionar acerca de cuál es la concepción actual de la regulación de capacidad jurídica de la persona. En consecuencia, hay que plantearse si el devenir histórico en su evolución ha contribuido a que la normativa de nuestro Derecho actual resulte total y absolutamente divergente a la regulación del Derecho romano o si, en cierta manera, *a sensu contrario*, ha supuesto un acercamiento al punto de partida de este. Debemos precisar que este trabajo se fija en las personas físicas como punto de partida, dejando a un lado las personas jurídicas como figuras jurídicas autónomas.

II. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD EN EL DERECHO ROMANO

II.1. Consideraciones preliminares

En primer lugar, consideramos de utilidad recordar algunas cuestiones de carácter básico y general, y, por tanto, necesariamente conocidas y que han de matizarse respecto a la delimitación del concepto de incapacidad en el Derecho romano y su proyección más moderna para

evitar proyectar conceptos actuales a otra época histórica de forma inadecuada o incongruente. Así, en primer lugar, a decir de Panero Gutiérrez,¹ en Roma no todo hombre (ser humano) es sujeto de derecho, mientras que, en la actualidad, todo sujeto de derecho es hombre. También pueden ser sujetos de derecho ciertas agrupaciones de hombres, como corporaciones o asociaciones, así como ciertas ordenaciones de bienes (fundaciones) y a estos sujetos se les suele llamar personas jurídicas.² En Roma, en coincidencia con la actual acepción vulgar de hombre, son personas los libres, los esclavos, los ciudadanos romanos, los latinos, los extranjeros y los que, en la familia, gozan de independencia, pero no son sujetos de derecho los esclavos y los extranjeros. Los latinos y los sujetos a patria potestad solo son sujetos de derecho de forma restrictiva. En definitiva, y a falta de un nombre técnico para designar al sujeto de derecho, es el *paterfamilias* quien es titular de relaciones jurídicas.³

En segundo lugar, al referirnos a la capacidad de las personas, distinguir entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y precisar que estos conceptos que no siempre coinciden en una misma persona.

La capacidad jurídica se concibe como la capacidad en abstracto para ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos. Mientras que, la capacidad de obrar es la aptitud o capacidad, en concreto, para realizar actos jurídicos válidos y asumir, en consecuencia, derechos y obligaciones específicas.

En la actualidad, las personas naturales o físicas obtienen capacidad jurídica desde el mismo momento de su nacimiento (art. 29 Código Civil),⁴ mientras que, en el Derecho romano en puridad, depende esencialmente de ser *sui iuris*, es decir, no descansa únicamente en el hecho de ser persona, sino de obtener un determinado *status familiae*;

1. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, 5.^a ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 191-192.

2. Precisamos que en este trabajo nos centraremos en la persona natural o física, no en otras entidades a las que los ordenamientos jurídicos reconocen capacidad jurídica –personas sociales, colectivas abstractas, incorpóreas, ficticias, si bien la más aceptada y reconocida en los textos legales es la de persona jurídica–.

3. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho...*, cit., p. 192.

4. Código Civil español, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, en adelante CC.

en concreto, en Derecho romano son sujetos de derecho, es decir, tienen capacidad jurídica, los libres *–liberi–*, los que en familia son independientes *–sui iuris–* y solo lo son de modo restrictivo los latinos *–latini–*, así como los sujetos a patria potestad *–alieni iuris–*, mientras que no son sujetos de derecho los esclavos *–servi–* y los extranjeros *–peregrini–*. Para que dicha capacidad jurídica sea plena es necesario, además de haber nacido, ostentar una triple situación *–status–* de privilegio con respecto a la libertad *–libertatis–*, la ciudadanía *–civitatis–* y la familia *–familiae–*, la cual puede cambiar *–capitis deminutio–*.⁵ En la actualidad, ser capaz jurídicamente se sustenta en una efectiva abstracción, implica una conciencia potencial, mientras que en Roma, la capacidad jurídica implica una aptitud diversa en función del negocio jurídico a realizar, el realismo romano hace que reciban diferentes denominaciones las diversas actividades que el sujeto puede realizar⁶ (siendo relevantes igualmente su condición de ciudadano romano

5. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho...*, cit., pp. 207 y ss., pone de relieve que la *capitis deminutio* no debe identificarse, necesariamente, con pérdida o disminución de la capacidad jurídica. Afirma que lo relevante es el cambio que se produce con respecto a una situación precedente, con independencia de las consecuencias jurídicas que comporte; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 6.^a ed., Madrid, Iustel, 2013, pp. 192-193, al estudiar las diferencias entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, precisa que en las fuentes clásicas el término *caput* se refería a un individuo integrado en un grupo o comunidad, y que de ahí vendría la utilización de la expresión *capitis deminutio*, bien para referirse a la salida de una persona del grupo orgánico del que formaba parte, al perder así a uno de sus componentes, como es el supuesto cuando un sujeto pierde la libertad o la ciudadanía, o bien para aludir al cambio de posición jurídica dentro del grupo familiar y va más allá en su análisis al afirmar que puesto que en la época bizantina las fuentes utilizan la voz *capax* en el sentido de capacidad la *capitis deminutio* no implicaría únicamente un cambio de posición en el grupo en el que el individuo se hallaba integrado, sino que se asimilaría a una disminución o aminoración de la capacidad. Parece que se evoluciona desde una simple modificación en la capacidad que podía implicar tanto minoración como recuperación de su integración en el grupo, en el período clásico, hasta que en el período bizantino se asimile exclusivamente a una minoración de capacidad.

6. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit., pp. 198-199, precisa que las limitaciones de la capacidad jurídica se basan en razones o condicionantes de orden político, social o cultural propios de cada una de las comunidades políticas, en definitiva, coyunturales (por ejemplo, la condición de mujer, la religión, la condición social, política o profesional, etc.), y, por ello mismo, han ido desapareciendo prácticamente o han sido cuestionadas en su procedencia u oportunidad en las distintas etapas históricas.

o no), a modo de ejemplo, la necesaria capacidad para contraer matrimonio recibe la denominación de *ius connubii*, la capacidad para intervenir en operaciones comerciales *ius commercii*, etc... Por tanto, entiéndase que los sujetos a los que se alude tanto en Roma como en el caso de ordenamientos jurídicos posteriores son personas no sometidas a *patria potestas* y con capacidad jurídica plena.

Las causas o circunstancias excluyentes, limitadoras o modificativas de la capacidad de obrar, no suponen una limitación de los derechos de la persona en el marco de su capacidad jurídica, pero sí en el ejercicio de las actuaciones que toda persona, por el hecho de serlo, puede realizar en el ámbito de su autonomía. La edad, la enfermedad mental y la prodigalidad se configuran como causas que limitan la capacidad de obrar de las personas, tienen su fundamento en realidades físicas o psíquicas que condicionan a la persona afectada⁷ y han continuado vigentes en las legislaciones de las diversas naciones desde Roma hasta casi la actualidad.

La falta de capacidad de obrar de determinadas personas, en general, conlleva en el Derecho romano el nombramiento, sin más formalidades, de tutor o curador, según las circunstancias, por parte del pretor, del gobernador o del procónsul. Así pues, a determinadas personas *sui iuris* (esencialmente impúberes, mujeres y menores de 25 años) se les presuponía incapaces de obrar y, por tanto, necesitaban el nombramiento de una persona que supliera esta falta de capacidad, que recaía en la figura del tutor o del curador, según las épocas y los casos, sin que fuera necesario ningún procedimiento previo que declarara dicha incapacidad.

A diferencia de la regulación que efectúa el ordenamiento jurídico actual, en Roma no podemos hablar estrictamente de «mayoría de edad» y, por tanto, de un momento temporal en el que la persona adquiere por el simple hecho natural del «cumplir años» un determinado *status* que le proporcione capacidad de obrar.⁸ La capacidad de obrar plena en

7. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit., pp. 198-199.

8. A decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit., p. 217, la categoría conceptual de la minoría de edad que se con figura en Roma y que llega hasta nuestros días que abarca desde la condición de impúber no infante, *impúber infantia maior*, hasta la edad de 25 años, es la que pasa a convertirse en la práctica, en la edad legal, en la que se produce el inicio del reconocimiento, sin ninguna restricción, de la plena capacidad de

Roma depende de ser *sui iuris*, ser varón y ser mayor de 25 años.⁹ Es más, se debe tener en consideración el caso de la *praepositio*, es decir, el supuesto de que el *pater familias* encargue o ponga al frente de determinado negocio jurídico a uno de sus *alieni iuris* o a uno de sus esclavos (varón o mujer), se trata de los casos en los que para la concreta actividad para la que ha sido encargado, el *alieni iuris* tendrá capacidad de obrar. Precisamos que, en este trabajo, cuando hacemos mención a mayores incapaces, nos referimos a personas que ya no están sometidas a patria potestad, esto es, en Roma por ser *sui iuris*, varones y mayores de 25 años y, en la actualidad por haber alcanzado la mayoría de edad.

II.2. Supuestos de incapacidad de obrar

Frente a la capacidad general de la que disfrutaban los varones romanos, libres e independientes, en las fuentes aparecen reiteradamente una serie de causas limitadoras de la capacidad de obrar de las personas: la edad, la enfermedad o la prodigalidad.¹⁰

Por lo tanto, existían supuestos en los que, si bien se trataba de personas con capacidad jurídica y que, presuntamente, también debieran gozar de capacidad de obrar, sin embargo, habían devenido, por una u

obrar de la persona *sui iuris*. En particular, hay que señalar que, a partir de Constantino, siglo IV d. C., se introduce la posibilidad de que los varones mayores de 20 años y las mujeres mayores de 18, siempre que acrediten buenas costumbres, honorabilidad y aptitud para administrar su patrimonio, puedan solicitar un anticipo de la mayoría de edad y, por ende, la exención de la curatela prevista hasta los 25 años. Es lo que se conocía como la *venia aetatis*, dispensa de edad, y que suponía la plena capacidad de obrar –salvo las actuaciones consistentes en enajenar o donar inmuebles y, en la época justinianeas, constituir hipotecas, que requiere la autorización del curador– de la persona beneficiada, a título singular, por rescripto de la Cancillería Imperial. Este beneficio de edad, *venia aetatis*, es el antecedente de la emancipación contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en los artículos 321 y 322 de nuestro Código Civil (en adelante C. C.).

9. Precisamos que nos referiremos a personas que tengan la condición de ciudadanos romanos.

10. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. L., «Tutela y curatela en Derecho romano», *Revista General de Derecho Romano*, 35, 2020, pp. 1-33, p. 13.

otra causa, (enfermedad mental *–furiosi–*,¹¹ dilapidación de patrimonio *–prodigi–*), en incapaces, y requerían el nombramiento de un curador que se ocupase de gestionar la administración de sus bienes. Ante estos dos supuestos de incapacidad, el ordenamiento jurídico romano actúa de forma distinta. Ambas figuras, la del *furiosus* y la del *prodigi*, aunque tienen puntos de partida en común: tienen capacidad de obrar, devienen incapaces y para ellos el ordenamiento jurídico romano propone un régimen diferente para uno y otro supuesto.

En el caso del enfermo mental¹² no se prevé una declaración formal de incapacitación, si bien, a decir de Fernández de Buján, la intervención del magistrado en el nombramiento del curador exigiría, en buena lógica, una constatación previa de la existencia real de la enfermedad mental, las fuentes no verifican esta «revisión» y, por tanto, el nombramiento de curador se presume «automático».

La enajenación mental incapacita, de forma absoluta, a la persona que la padece, tanto en el ámbito civil como en el de la responsabilidad penal.¹³ Sin embargo, en la época postclásica se estableció, con carácter general, la regla de la capacidad de obrar de las personas con enfermedad mental durante sus períodos de lucidez, y al mismo tiempo, se dispuso que los momentos en los que las personas mentalmente sanas perdieran circunstancialmente la lucidez, se asimilan, a efectos de incapacidad de obrar, a la posición jurídica de las personas que padecen de demencia.

La curatela nombrada para la persona con enfermedad mental alcanza, tanto al ámbito personal como al patrimonial del incapaz, llegando a equipararse en este sentido su posición con la del infante.

Similar régimen de protección mediante figura de guarda resultaba aplicable a los sordos, los mudos o los ciegos, por cuanto que se les

11. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit., p. 219. La denominación de *furiosus*, para designar a la persona mentalmente enajenada parece obedecer a que, en los primeros tiempos, solo se había previsto la situación de aquellos casos que revestían una especial gravedad o agresividad.

12. Según FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit. p. 219, el enfermo mental, *demens o insanus*, no puede ni contraer matrimonio, ni otorgar testamento, si bien la enajenación sobrevenida ni disuelve el matrimonio ni anula el testamento ya otorgado (D. 27. 10. 7pr; Inst. 2. 12. 1).

13. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit. p. 219.

consideraba incapaces. Aquí es necesario puntualizar que, las enfermedades o deficiencias físicas, solo constituyen una causa de incapacidad de obrar, en la medida en que impiden el cumplimiento de los requisitos exigibles para la validez de determinados negocios jurídicos.¹⁴

Para los intérpretes de las *XII Tablas* pródigo era aquel que dilapidaba los bienes paternos recibidos en sucesión *mortis causa*, y como tal actitud atentaba contra los principios de la *austeritas* y de la *gravitas*, al dilapidador se le colocaba bajo el cuidado –*cura*– de sus agnados y, en su defecto, de la *gens* que se llevará a cabo mediante una declaración hecha por un magistrado que decretaba la interdicción, siempre que se tratase de bienes recibidos por sucesión *abintestato*, que los bienes fueran recibidos del padre o abuelo paterno y que el declarado pródigo tuviese descendencia directa, aunque estas limitaciones fueron eliminadas por la jurisprudencia.¹⁵

Por tanto, la condición de pródigo¹⁶ debe ser formalmente declarada por resolución –*decretum*– del magistrado, es más, la eventual cesación de la incapacidad, con la consiguiente recuperación de la capacidad de obrar de la persona que había sido incapacitada, debe formalizarse mediante un nuevo decreto, en este sentido, del Pretor o de la autoridad provincial competente. A la interdicción –*interdictio*– o prohibición de administrar los bienes, que se impone al pródigo, se acompaña el nombramiento de un curador, *curator*, que es elegido, por el magistrado, de entre los más próximos familiares agnados o miembros de la *gens* a la que pertenece la propia persona incapacitada. La capacidad de obrar del pródigo se equiparó a la del impúber, mayor que

14. A modo de ejemplo, un mudo no podía formalizar por sí mismo, un contrato verbal de estipulación, en atención a que únicamente se podía perfeccionar de forma oral. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit., p. 220.

15. BERNAL, B., «La curatela del pródigo en el Derecho romano». Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revisa/pdf/DerechoComparado/48/art/art1.pdf> (última consulta: 10 de abril de 2023), pp. 777-795, pp. 788-789.

16. A decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit. p. 220., el curador del pródigo se encarga de la gestión y administración de los bienes del incapacitado, al que se le permite realizar actos de comercio que mejoren su condición, pero no actos jurídicos que impliquen enajenaciones, gravámenes, ni contraer obligaciones, *interdictio bonorum* (D. 27. 10. 1pr; D. 27. 10. 10pr.; D. 46. 2. 3).

el *infans*, en contraposición con la nula capacidad de obrar de los *infans* y de las personas con enfermedad mental.

En definitiva, el ordenamiento jurídico para los incapaces (personas *sui iuris* pero carentes de capacidad de obrar) contempla la posibilidad de conceder a un tercero la misión y el poder de suplir o completar esa falta de capacidad para actuar en interés económico del incapaz en todas las relaciones jurídicas que lo requieran.¹⁷ Según Cabrera Mercado,¹⁸ desde el punto de vista histórico, nuestro Derecho positivo se ha ocupado, de modo exclusivo, de la regulación de la tutela o curatela de incapaces y no, en cambio, de la declaración judicial de incapacidad que debe ser su precedente inmediato; en efecto, manifiesta el autor que «el Derecho romano no requería la intervención o la decisión de la autorización judicial para declarar que una determinada persona era incapaz para regir su persona y sus bienes; al surgir la enfermedad mental, el demente pasaba a ser incapaz *ipso iure*. El nombramiento de tutor o curador se hacía depender del hecho natural de la incapacidad». En el mismo sentido Volterra,¹⁹ quien resalta y pone de manifiesto la diferencia entre Roma y nuestro sistema actual, que requiere la previa declaración de la interdicción de capacidad por parte del magistrado D. 26. 1. 6. 2.²⁰ Todo ello, a salvo de los supuestos de prodigalidad para los que parece que sí era necesario que se produjera esa declaración de incapacidad. Debemos puntualizar que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico no contempla ya ningún procedimiento de declaración de incapacidad.²¹

17. En el mismo sentido que VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. de J. Daza, Madrid, Civitas, 1986, p. 136, se pronuncia MARTÍN SANZ, L., *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 14.

18. CABRERA MERCADO, R., «El proceso de incapacitación» en P. González Poveda y J. M. Picón Martín (directores), *Los discapacitados y su protección jurídica*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 209-229, p. 209.

19. VOLTERRA, E., *Instituciones...*, cit., p. 136.

20. D. 26. 1. 6. 2 (*Ulpianus 38 ad sab.*). *Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatus consultum vel princeps.*

21. Precisamos que nos ocuparemos de esta cuestión en el apartado IV del presente estudio.

II.3. Figuras de guarda en el Derecho romano

El Derecho romano, tal como afirma Volterra,²² configuraba ya desde sus orígenes dos instituciones tutelares para aquellas personas que, teniendo capacidad jurídica, es decir, son *sui iuris*, tuvieran su capacidad de obrar limitada, de tal forma que el ordenamiento jurídico romano no reconoce la capacidad de obrar de los ciudadanos que, siendo *sui iuris*, tengan la condición de impúberes,²³ las mujeres, los que estuvieran afectados de enfermedades mentales que les impidieran entender y querer (*furiosi* y *mentecapti*), los pródigos (aquellos que despilfarran el patrimonio familiar sin control ni medida) y, en la última época se añaden también los *minores*.²⁴

En la medida en que estas personas, aunque dotadas de capacidad jurídica no disponían de capacidad para realizar determinados actos jurídicos por sí mismos,²⁵ necesitaban de una tercera persona que supliría esta falta de capacidad de obrar para poder hacer efectiva de forma plena su capacidad jurídica y en Roma, para suplir esta capacidad de obrar, en Roma se regulan dos instituciones, la *tutela* y la *cura*, que con el tiempo llegan a confundirse.

Las instituciones jurídicas tutelares romanas atravesaron un largo y complejo desarrollo histórico hasta quedar plasmadas en la legislación justiniana. Nacieron como un poder o potestad establecido en beneficio de la *domus*, en una sociedad de carácter gentilicio, de estructura jurídica primitiva y basada en un régimen de copropiedad que protegía principalmente el patrimonio familiar. Sin embargo, el contacto con el derecho de gentes llevó consigo la necesidad de flexibilizar las antiguas instituciones

22. VOLTERRA, E., *Instituciones...*, cit., p. 125.

23. Aquellos que no han alcanzado la edad de engendrar (pubertad). Las mujeres alcanzaban dicha condición al cumplir la edad de doce años. Sin embargo, en el caso de los varones, mientras los proculeyanos los consideraban púberes cuando estos hubieren cumplido los catorce años, criterio que posteriormente sigue Justiniano, los sabinianos exigían que se sometieran a un examen físico en cada caso concreto. VOLTERRA, E., *Instituciones...*, cit., p. 125.

24. Tienen esta consideración aquellos que no hayan alcanzado la edad de veinticinco años.

25. Es decir, la facultad de realizar actos voluntarios a los que el ordenamiento jurídico reconoce el poder constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, VOLTERRA, E., *Instituciones...*, cit., p. 125.

para adecuarlas a las nuevas circunstancias y su configuración pasó de ser un derecho o *potestas* a ser un deber, y de asunto familiar se convirtió en materia de carácter público,²⁶ característica que se acentuó en la sociedad burocrática y socialmente del Bajo Imperio, sobre todo en lo referente a las limitaciones relativas a la amplia libertad del tutor clásico en el ejercicio de sus funciones. En palabras de Bernal, «dentro de este complejo marco cronológico se desarrolló la curatela, como figura gemela de su hermana la tutela» y en época justinianeas la tutela y la curatela se convierten en instituciones altruistas y dejan de ser un poder interesado para constituirse en un deber, una carga.²⁷

II.3.1. TUTELA

En el Derecho romano la tutela se ejercía solo sobre los impúberes y las mujeres y en el Derecho clásico se concebía más que como una función protectora respecto de los sometidos a tutela, como un poder y un derecho pertenecientes al tutor sobre las personas de los pupilos.

Parte de la doctrina defiende que la institución de la tutela estaba íntimamente ligada con la herencia,²⁸ siendo ostentada la función protectora y el control sobre el patrimonio de las mujeres y los impúberes por el *heres* del *pater familias*. En esta misma línea parece pronunciarse la profesora Martínez de Morentín Llamas,²⁹ que recoge la postura defendida por Iglesias, para quien tutela y curatela son dos poderes sobre las personas que, aún siendo *sui iuris*, no tienen la capacidad de entender y de querer que es necesaria para administrar convenientemente su patrimonio, al tiempo que precisa que la falta de capacidad puede ser total o parcial y que puede tener su fundamento en razones de edad, sexo, enfermedad mental o tendencia a la dilapidación. La tutela en los primeros tiempos era atributo de la *manus* o *potestas*, como lo prueba el

26. BERNAL, B., «La curatela del pródigo...», *cit.*, pp. 783-784.

27. BERNAL, B., «La curatela del pródigo...», *cit.*, p. 784.

28. VOLTERRA, E., *Instituciones...*, *cit.*, p. 125.

29. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. L., «De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico al Derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)», *Revista General de Derecho Romano*, 4, 2005, pp. 1-66, pp. 12-13.

hecho de que faltara una denominación específica para distinguirla de tal poder. *Paterfamilias* y tutor eran una misma persona. De hecho, la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar.

La definición de la tutela en el Derecho romano encuentra su principal regulación en un texto del *Digesto* del título I, libro XVI, que se atribuye al jurista Servio, donde define la tutela como un poder y potestad sobre persona libre que permite y otorga el Derecho civil para proteger a quien por razón de la edad no puede defenderse por sí mismo, en particular: D. 26. 1. 1pr. (*Paulus libro 38 ad edictum.*)– *Tutela est, ut Servius definit, ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure ciuili data ac permissa.*

Según se extrae del texto, la tutela debe concebirse como una institución encaminada a proteger a quienes siendo *sui iuris*, no pueden defenderse por sí mismos, entre otras causas, por razón de la edad, sobre los que se ejercerá un poder y potestad.

En otro texto del *Digesto*, concretamente en D. 26. 1. 1. 1 se establece que: (*Paulus libro 38 ad edictum.*)– *Tutores autem sunt qui eam uim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.*

Pues bien, de conformidad con el texto anterior, los tutores (que toman su nombre del poder y potestad que ejercen sobre sus pupilos) se ocuparán de proteger y defender a aquellas personas que no pueden defenderse por sí mismos por razón de la edad.

La gran mayoría de la doctrina,³⁰ para definir la tutela romana, además de acudir a D. 26. 1. 1pr., complementa el análisis de dicho texto con el estudio de Inst. 1. 13. 1 *Est autem tutela, ut Servius definit, ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa*, al considerar

30. Entre otros, vid. BETANCOURT, F., *Derecho romano Clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2001, p. 445; OLIVER SOLA, M. C., «Precedentes romanos sobre la adopción, tutela y curatela», *Revista de Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, pp. 181-220, p. 203. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/7930> (última consulta: 10 de abril de 2023).

que Justiniano reproduce en *Las Instituciones* la misma definición de la tutela que realizaba Servio Sulpicio Rufo.

Sin embargo, Watson,³¹ al comparar dichos textos, advierte cierta diferencia entre ambos, por cuanto el pasaje de *Las Instituciones* habla de *ius ac potestas*, mientras que en el *Digesto* consta la expresión *vis ac potestas*. Para Watson no hay duda de que la lectura original del texto era *vis ac potestas*, porque entiende que la expresión utilizada en *Instituciones* fue claramente tomada de *Paulus, libro 38 ad edictum*, cuyo contenido era el mismo que la expresión que constaba en el texto del *Digesto* (D. 26. 1. 1). De esta forma, para Watson la justificación de la discrepancia entre los dos textos es clara y atribuye las diferentes expresiones utilizadas en ambos textos a un simple error al transcribir *ius* en lugar de *vis*.

De manera que, la tutela, según la definición de Servio, es la fuerza y la potestad sobre una persona libre, dadas y permitidas por el Derecho civil, para proteger a aquel que por su edad no puede defenderse.

Los razonamientos para nombrar tutor a personas que se encuentren en una situación necesitada de amparo van a ir variando en función del momento histórico. Así, en las fuentes aparece constatada la falta de carácter proteccionista de la institución desde un punto de vista personal, por lo menos en una primera época –Gai I. 192–.³² No en vano, algunos autores, como D'Ors,³³ al tratar la tutela antigua la califican como una institución de «carácter egoísta», es decir, el tutor defendía al asumir el cargo sus propios intereses en el sentido de que podía ser él el

31. WATSON, A., *The Law of persons in the later Roman republic*, Oxford University Press, Oxford, 1967, pp. 102 y ss.

32. Gai I. 192 *Sane patronorum et parentum legitime tutelae uim aliquam habere integuntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res Mancipi alienandas neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praterquam si magna causa alienandarum rerum Mancipi obligationisque suscipiendae interueniat. eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples add eos hereditas perueniat*. En este texto, Gayo pone de manifiesto que como al tutor le pertenece la herencia de las mujeres que muriesen intestadas, no se le puede forzar a autorizar ningún acto por el cual el patrimonio de la mujer llegara hasta él empobrecido.

33. D'ORS, A., *Derecho romano Privado*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S. A., 1991, p. 351.

posible heredero de ese patrimonio. Costa³⁴ manifiesta que la función primitiva de la tutela no era otra que la de salvaguardar las legítimas expectativas del grupo familiar. Sanz Martín y Kaser,³⁵ sin negar el carácter egoísta de la tutela antigua al mismo tiempo la encuentran altruista, y esto porque entienden que el tutor ejercía una autoridad que le era otorgada en interés propio y en el de la familia.

Posteriormente, ya en tiempos de la República, la tutela se concibe más como un deber *–officium–* (este aspecto se asemejaría más a la concepción actual de la institución en nuestro ordenamiento jurídico) y una carga impuesta en interés público (*numus publicum*), siendo el cargo de tutor de naturaleza estrictamente privada, sometido a una fuerte inspección pública de contenido no exclusivamente patrimonial, pasando el interés propio del tutor a un plano secundario.

Y aunque en las *XII Tablas*³⁶ se contiene un precepto que establece que el testador tenía dentro de sus facultades la de designar en su testamento como tutor de sus hijos a otra persona diferente de la persona del *heres*, bien cierto que hay que concluir que el antecedente del instituto tutelar lo podemos encontrar sin ningún margen de duda en la figura del *heres* designado por el *de cuius* de entre todos los *sui heredes* como el más digno para dirigir el destino del grupo familiar. Por lo tanto, la tutela no será más que la prolongación del poder del *paterfamilias* difunto, de manera que la institución tutelar implicará un poder no distinto de la *potestas*.

Así, en el Derecho antiguo, las causas que van motivar el nombramiento de tutela se van a fijar más en la diferente posición de los sujetos respecto a su patrimonio y la consideración de estos dentro del ámbito social romano que en su necesidad de protección jurídico-social;³⁷ la relación entre la patria potestad y la tutela es manifiesta y así ha sido puesto de relieve por numerosos autores, entre ellos Sanz Martín,³⁸

34. COSTA, E., *Cicerone Giurisconsulto I*, Roma, Studia Juridica, 1964, p. 71.

35. KASER, M., *Derecho Romano Privado*, Madrid, Reus, trad. de la 5.ª ed. alemana por De J. Santa Cruz de Teijeiro, 1968, p. 286.

36. GUARINO, A., *Notazione romanistiche*, II: *La lex XII Tabularum e la tutela*, *Studi in onore S. Solazzi*, Napoli, Jovene, 1948, pp. 37 y 38.

37. SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 10.

38. SANZ MARTÍN, L., *La tutela...*, *cit.*, p. 14.

quien sostiene que aquella es la prolongación del poder *de cuius*. Sirva de ejemplo el hecho de que quedaban excluidos de la tutela los sujetos varones púberes –mayores de 14 años–, mientras que las mujeres púberes, cualquiera que fuese su edad y únicamente por razón de sexo, estarían sometidas a una tutela perpetua, sin atender a razones de protección, debido a su consideración dentro de la sociedad romana y, por ende, en el grupo familiar. A efectos de nuestro trabajo no hay que perder de vista que la mujer púber –mayor– es uno de los supuestos incluidos en el genérico giro «mayores incapaces». La tutela, aun apareciendo como un deber o carga pública para el tutor, realmente se desenvuelve más bien como un poder o derecho perteneciente al tutor sobre las personas y patrimonios de los pupilos, que como una función de protección de las mujeres y de los varones impúberes, de esta forma, teniendo en cuenta su incapacidad de obrar, el ordenamiento jurídico otorgaba a un tercero la función y el poder para suplir con su actividad la propia del incapaz, a fin de hacer posible, a efectos económicos, las relaciones jurídicas de que ese incapaz era o podría ser titular.³⁹

A decir de Sanz Martín, tanto la tutela como la *cura* se establecen como dos instituciones de protección, que se ejercitan principalmente sobre las personas necesitadas de defensa, generalmente por razones de edad, referidas al ámbito patrimonial, y no a la efectiva protección de las personas.⁴⁰

Sin embargo, el Derecho romano, a diferencia de lo que ocurría con nuestro actual Derecho civil hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de la que nos ocuparemos más adelante, no contempla la necesidad de previa declaración de incapacitación⁴¹ del sujeto que debe ser sometido a tutela, instando el correspondiente procedimiento judicial al respecto, con lo que no requiere una resolución judicial que declare la falta de determinadas carencias en la capacidad de obrar de una determinada persona, sino que se procede el nombramiento del tutor para las personas incapaces de forma directa.

39. La misma posición común sostenía VOLTERRA, E., *Instituciones...*, cit., p. 125.

40. SANZ MARTÍN, L., *La tutela...*, cit., p. 14.

41. Vid. FERNÁNDEZ DE BUIÁN, A., *Derecho...*, cit., p. 219, en relación con la enfermedad mental y la curatela de las personas afectadas por enfermedad mental, donde hace constar expresamente que no se prevé una declaración formal de incapacitación.

II.3.2. CURATELA

Tal como hemos señalado con anterioridad, junto a la *tutela*, y dentro también de las instituciones de guarda, se encuentra la *cura*. Ambas figuras se han ido confundiendo a lo largo de la evolución histórica,⁴² sin embargo, es posible diferenciarlas aludiendo a su ámbito de actuación, pues mientras –según una máxima romana contenida en D. 26. 2. 12–14⁴³ y D. 40. 1. 13:⁴⁴ *tutor datur personae, curator rei*– la curatela tiene por objeto la gestión y administración del patrimonio del sujeto incapaz, de ahí que las funciones se encuentren limitadas ciertamente al campo patrimonial, sustituyendo en dicho terreno al asistido,⁴⁵ el componente de gestión personal en la *tutela* es claro.

La curatela nombrada para la persona con enfermedad mental alcanza, tanto al ámbito personal como al patrimonial del incapaz, llegando a equipararse en este sentido su posición con la del infante.

Afirma Valdés Valentín-Gamazo⁴⁶ que la *cura furiosi* es la más antigua, recogida en las *XII Tablas*, se concebía como un poder que se refería tanto al demente como a su patrimonio. En un principio, existía tan solo la curatela legítima, pero posteriormente, en el Derecho clásico, se admitió también la dativa, pero no existió, en cambio, una verdadera *cura furiosi* testamentaria, aunque el pretor solía confirmar la designación hecha por el testador. En el Derecho clásico, la curatela cesaba cuando el demente tenía intervalos lúcidos.

42. VOLTERRA, E., *Instituciones...*, cit., p. 125.

43. D. 26. 2. 12 (*Ulpianus libro 38 ad Sabinum*).– *Ceterarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus*; D. 26. 2. 13. (*Pomponius libro 17 ad Sabinum*).– *Et si datus fuerit, tota datio nihil valebit*; D. 26. 2. 14. (*Marcianus libro 2 Institutionum*).– *Quia personae, non rei vel causae datur*.

44. D. 40. 1. 13 (*Pomponius libro 1 ex Plaut*).– *Servus furiosi ab adgnato curatore manumitti non potest, quia in administratione patrimonii manumissio non est. si autem ex fideicommissi causa deberet libertatem furiosus, dubitationis tollendae causa ab adgnato tradendum servum, ut ab eo cui traditus esset manumittatur, octavenus ait*.

45. Vid. SANZ MARTÍN, L., *La tutela...*, cit., p. 17.

46. VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., «Evolución histórica de instituciones tutelares», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Madrid, ICAI, 1984, pp. 19-54, p. 23.

De hecho, en una primera época,⁴⁷ tutela y curatela responden a la falta de capacidad de las personas a ellas sujetas, pero su función no es protegerlas, sino que se establecen en interés de la familia y su fin es conservar el patrimonio del incapaz a favor de sus presuntos herederos.

En una segunda etapa, fijada legalmente en el siglo II a. C., se instaura la tutela dativa y se supera la anterior concepción y la conciencia social rechaza que quien no puede defenderse, por sí mismo, carezca de alguien que lo haga. De esta forma, tutela y curatela, pasan de ser un derecho (*potestas*) a un deber (*numus*)⁴⁸ o una carga (*onus*) y de ejercerse en interés del tutor o curador a hacerse en interés legal del incapaz y de tener un matiz marcadamente patrimonial a no desatender, al menos económicamente, los aspectos personales de la vida del tutelado. La figura del *curator*, para los dementes y los pródigos, se introduce con la *Ley de las XII Tablas*⁴⁹ y tendrá un carácter eminentemente patrimonial, pues se trata de administrar o ayudar a administrar los bienes de un sujeto cuya capacidad de obrar ha sido limitada o quitada, siendo esta su principal diferencia para con la tutela, ya que la misma se ejerce sobre personas que nunca han gozado de dicha capacidad de obrar.

Si atendemos al término latino, *cura* o *curatela*, comporta la idea de cuidado, atención, y partiendo de ello, *curator* o curador es aquel que cuida algo y *curare* designa el realizar o cumplir esta función. Y la necesidad de ese cuidado puede generarse respecto a bienes, patrimonios o, incluso, respecto a ciertas personas.⁵⁰

Respecto a las diferencias entre tutela y curatela –aunque se trata de figuras que con el tiempo van a llegar a confundirse– es relevante hacer notar que el *curator* carece de *auctoritas interpositio* y que los supuestos de curatela (loco y pródigo) no presentan la misma regularidad que los de la tutela (impúber o mujer) aunque con la introducción de la curatela sobre el varón púber, la nota de falta de regularidad no puede argumentarse.

47. Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho ...*, cit., p. 268.

48. Vid. También VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., «Evolución histórica...», cit., p. 25.

49. Vid. T. V. 7 a) y 7 c).

50. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho...*, cit., p. 282.

Igualmente, el principio tradicional *tutor datur personae, curator rei* debe matizarse, pues nadie cuida de ninguna persona sino de los bienes, aunque la tutela presupone, siempre, la persona del pupilo y la curatela puede tener lugar en casos de un patrimonio con un sujeto inicialmente indeterminado (ej.: *curator* de la herencia yacente –*hereditatis iacentis*–, o de la que espera el nacimiento del concebido –*ventris nomine*–).

Para Betancourt⁵¹ la curatela es como un encargo de administración hecho por la *potestas* política (pretor) de un patrimonio privado cuyo titular *sui iuris* púber tiene limitada su capacidad de obrar, y distingue distintos tipos de curatela, diferenciando entre la del *furiosus* y la del *prodigus*; la del *nasciturus* o *spem animantis*; la curatela de los *minoris*; y, por último, la curatela del deudor concursado. Todo ello teniendo en cuenta, tal como afirma Girard,⁵² que no es posible realizar una enumeración completa de las curatelas existentes en Derecho romano, porque la finalidad de esta institución no era sino remediar incapacidades accidentales susceptibles de variar infinitamente. En esta misma línea, Bonfante⁵³ niega la existencia de una curatela como institución única y afirma que se trata de un conjunto de instituciones que tienen como característica en común que van encaminadas tanto a la gestión de un patrimonio perteneciente a un sujeto, a quien no se le permite administrarlo por sí mismo como simplemente a ayudarle para obrar jurídicamente.

La *cura prodigi*, que también aparecía en las *XII Tablas*, afectaba a aquellas personas que, teniendo hijos, dilapidasen los bienes heredados *ab intestato* de sus ascendientes, aunque con el tiempo el concepto de prodigalidad sería ensanchado, admitiéndose que el pródigo no tuviese hijos y que dilapidase todo tipo de bienes. Para que se diese la *cura prodigi* era preciso una formal declaración del pretor. Sin

51. BETANCOURT, F., *Derecho...*, cit., pp. 451 y ss.

52. GIRARD, P. F., *Manuel Elementaires de Droit Romain*, 7.^a ed., Paris, Arthur Rosseau, 1924, p. 233. En el mismo sentido ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano vol. II*, 17.^a ed., Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1984, p. 752.

53. BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, traducido por L. Bacci y A. Larrosa y revisada por D. Campuzano Horma, Madrid, Reus, 1929, p. 216.

embargo, la incapacidad del pródigo no fue absoluta, ya que se le permitían ciertos actos tendentes a mejorar su situación patrimonial.⁵⁴

El curador del pródigo se encarga de la gestión y administración de los bienes del incapacitado, al que se le permite realizar actos de comercio que mejoren su condición, pero no actos jurídicos que impliquen enajenaciones, gravámenes, ni contraer obligaciones, *interdictio bonorum* (D. 27. 10. 1pr.; D. 27. 10. 10pr.; D. 46. 2. 3).⁵⁵

Antes de abordar en el análisis de los siguientes apartados de este trabajo y en aras de no confundir al *lecto*, debemos precisar que, a fin de no extendernos en exceso en la extensión de este trabajo, hemos efectuado un salto cronológico en el análisis histórico de la cuestión que nos ocupa, sin entrar a analizar el no por ello menos importante período de la Recepción del Derecho romano (de trascendencia fundamental) y hemos procedido directamente a ocuparnos de analizar desde la Convención de Nueva York de 2006, de la que nos ocupamos en el siguiente apartado y del Derecho actual.

III. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006, SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En este apartado nos vamos a ocupar de examinar algunos aspectos de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España el 30 de marzo de 2007 (*BOE* n.º 96, de 21 de abril de 2008),⁵⁶ que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008, por cuanto la incorporación a nuestro Derecho interno ha implicado importantes reformas legislativas a las que nos referiremos en el siguiente apartado.

Del texto de esta Convención nos vamos a fijar especialmente en parte del contenido de su Preámbulo y en sus artículos 1, 3 y 12.

En primer lugar, el Preámbulo de esta Convención, entre otras cuestiones, reconoce el valor de las contribuciones que realizan y

54. VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., «Evolución histórica...», *cit.*, p. 24.

55. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, *cit.* p. 220.

56. En adelante nos referiremos a ella como la Convención.

pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, promueve el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad, así como y en la erradicación de la pobreza, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, al tiempo que considera que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente.

En definitiva, a las personas con discapacidad se les reconoce el respeto a sus libertades fundamentales, se promueve su plena participación en las sociedades con plena autonomía e independencia individual, con libertad para tomar sus propias decisiones participando activamente en aquellas de ámbito político, incluyendo las que les afecten de modo directo y, en resumen, se fomenta el pleno goce de los derechos humanos para ellas.

En segundo lugar, el propósito de la Convención que viene establecido en su artículo 1 será 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. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por tanto, se fija el objetivo de la Convención, para las personas con discapacidad, la promoción, protección y el aseguramiento de su goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y, en ese mismo artículo, especifica las personas que se incluyen en el concepto de discapacidad, y establece como tales aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o sensoriales a largo plazo que les impida actuar en condiciones de igualdad con las demás personas de la sociedad.

En tercer lugar, los principios que la Convención establece en su artículo 3 comprenden: el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Estos principios se inspiran en el respeto por la diferencia de las personas con discapacidad como parte de la diversidad, abogan por su participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, por la ausencia de discriminación y el establecimiento de condiciones óptimas de accesibilidad, al mismo tiempo que propugnan la igualdad entre hombres y mujeres, así como el derecho de los menores con discapacidad⁵⁷ a preservar su identidad.⁵⁸

57. Por su parte, el artículo 23.1 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 (*BOE* n.º 313, de 31 de diciembre de 1990) establecía que «los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad», que aunque sin mencionar la palabra discapacidad, resulta evidente que este precepto viene destinado a los menores con discapacidad para los que ya reconoce, al amparo de la declaración Universal de Derechos Humanos, una participación activa en la sociedad acorde a su dignidad y que le permita disfrutar de una vida plena, que le permita bastarse a sí mismo.

58. Al hilo de esta cuestión, consideramos adecuado mencionar la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (*BOE* n.º 134, de 5 de junio de 2021) que reforma un amplio abanico de normas de ámbito civil, penal, procesal, administrativo y social. De hecho, entre algunas de las normas que reforma están: el Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de

De la aplicación del artículo 4 de la Convención resulta que España, como Estado Parte, está obligado a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.⁵⁹ Así pues, la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entró en vigor en España el 3 de septiembre de 2021⁶⁰ es consecuencia del cumplimiento del mandato contenido en este artículo, que constituye el *alma mater* de la reforma.

Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, etc. La L. O. 8/2021, de conformidad con su artículo 1 tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida, no se ocupa únicamente de los menores, sino que en la importante reforma que aborda no deja de lado las personas discapacidad necesitadas de especial protección, para las prevé medidas en la misma línea que para los menores, encaminadas a que, especialmente en el ámbito de los procedimientos judiciales se adopten las medidas necesarias para procurar el máximo respeto a la dignidad de las personas, así como por ejemplo, en los casos que estas personas deban intervenir en un procedimiento judicial en condición de testigo en procedimientos que tengan por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad..., se establece la necesidad que la exploración se efectúe como prueba preconstituida, con todas las garantías y siempre evitando la confrontación visual del investigado con el testigo (art. 449 ter LECrim.), y los perjuicios que puedan derivarse para estas personas (art. 707, párr. 2 LECrim) y, además, la nueva redacción dada al artículo 2 g) de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, prevé con independencia de la existencia de recursos para litigar, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica, que se les prestará de inmediato, a las personas menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150 CP, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos.

59. LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 16.

60. Nos referiremos a ella como Ley 8/2021.

Por su parte, el artículo 12 de la Convención proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y por ello, los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, 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, respetando siempre los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona y tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

A decir de López Barba,⁶¹ esta norma internacional no aporta grandes novedades, en tanto que no otorga ningún derecho que no estuviera ya previsto para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad.⁶² López Barba señala que ni siquiera cuando el artículo 12 de la Convención proclama el derecho al pleno reconocimiento de la capacidad jurídica a todos los ciudadanos supone una auténtica novedad, sino que el cambio radica en el mandato expreso a los Estados para que eliminen de sus regulaciones cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad, para que esta circunstancia

61. LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad...*, cit., p. 15.

62. Vid. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 29, 2009. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/derecho-privado-y-constitucion/numero-23-enerodiciembre-2009/la-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-y-el-sistema-espanol-0> (última consulta: 10 de abril de 2023), pp. 335-368, p. 336.

nunca pueda ser alegada con el fin de impedir el pleno disfrute o ejercicio de todos sus derechos. López Barba⁶³ defiende que, a la luz de la Convención, la presencia de discapacidad en una persona nunca debe sustentar un proceso judicial de modificación de su capacidad, pues ello conformaría un supuesto de discriminación por discapacidad.

Pues bien, esta Convención es la que ha impulsado las importantes reformas legislativas que se han introducido en nuestro Derecho interno y se han materializado especialmente con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entró en vigor en España el 3 de septiembre de 2021.

IV. DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Nuestro Derecho civil y procesal, en aplicación de la Convención de Nueva York de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, fue objeto de una reforma de amplio calado que se plasmó con la aprobación y entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio (*BOE* n.º 132, de 3 de junio de 2021), por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entró en vigor en España el 3 de septiembre de 2021.

Algunas de las principales normas que se ocupan de regular la discapacidad en el ordenamiento jurídico español son el CC español de 1889; la LEC 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esa finalidad; la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, de 13 de diciembre (*BOE* n.º 96, de 21 de abril de 2008) y que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y actualmente la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y

63. LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad...*, cit. p. 16.

procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que reforma todas las anteriores.

Debemos mencionar que nuestro CC, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, establecía la necesidad de una sentencia judicial para que alguien pudiera ser declarado incapaz; configuraba, por tanto, un sistema que exigía la declaración de incapacidad o modificación judicial de la capacidad y lo regulaba en su artículo 199 CC, que establecía que nadie podía ser declarado incapaz sino por sentencia judicial, en virtud de las causas establecidas en la Ley y en su antiguo artículo 200 CC, que regulaba los requisitos para la declaración de incapacidad y establecía como causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se ha producido un cambio revolucionario en la concepción de la regulación de la normativa aplicable a las personas con discapacidad, del que nos vamos a ocupar a continuación.

IV.1. Principales novedades de las reformas introducidas por la Ley 8/2021

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entró en vigor en España el 3 de septiembre de 2021, se elabora y aprueba con el fin de cumplir con las exigencias de la Convención de Nueva York de 2006, sobre las personas con discapacidad, y a consecuencia de la ratificación de la Convención por parte de España.

El indicado texto legislativo reforma un ingente número de leyes y supone un auténtico cambio de paradigma en la regulación de la discapacidad en nuestro país y, en concreto, modifica las siguientes leyes: la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862; el Código Civil; la ley Hipotecaria, aprobada por decreto de 8 de febrero de 1946; LEC 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y de

la Normativa Tributaria con esa finalidad; la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; la ley 15/2015, de 15 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio.

Ley 8/2021 consta de un total de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. El artículo primero modifica la Ley del Notariado con ocho apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código Civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria y consta de nueve apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con veintinueve apartados; el artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuye en seis apartados; el artículo sexto que modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil se distribuye en diez apartados; el artículo séptimo, referido a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en veinte apartados; finalmente, el artículo octavo, referido al Código de Comercio, se estructura en tres apartados; la Disposición transitoria sexta se ocupa de los procesos en tramitación, y establece que los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de esa Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento; contiene una Disposición derogatoria única que establece que quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la indicada Ley, y en particular, deroga toda regulación de la prodigalidad⁶⁴ contenida en cualquier norma del ordenamiento

64. Sin embargo, el Proyecto de Ley por el que se reformaba la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (*B. O. Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, de 17 de julio de 2020), en tramitación justo anterior a la aprobación anterior, introducía en su artículo 23 la recuperación de un procedimiento específico para la prodigalidad en los artículos 300 y 301 CC (Título XII, que denominaba «De la asistencia en caso de prodigalidad»), y establecía que, en la resolución que declare la prodigalidad, se nombraría a la persona que hubiera de asistir al pródigo y se determinarían los actos que

jurídico, así como también quedan derogados expresamente los artículos 299 bis y 301 a 324 del Código Civil. En este punto, consideramos oportuno mencionar que, por su parte, la Disposición transitoria segunda contiene previsiones para las situaciones de prodigalidad, donde establece que las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta y hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior.

Igualmente, merece destacarse que esta Ley lleva a cabo una reenumeración de los artículos de gran parte del articulado del CC, especialmente modifica el Título IX Libro I: «De la tutela y de la guarda de los menores» Artículos 199 a 238 CC; el Título X Libro I: «De la mayor edad y de la emancipación» Artículos 239 a 248 CC; el Título XI Libro I: «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica».

La reforma implica un cambio de concepción, al configurar «figuras de apoyo» y no de asistencia, como ocurría hasta la entrada en vigor de la Ley, actualmente concibe las figuras de tutor, curador y defensor judicial, al tiempo que ya no configura un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, sino directamente el nombramiento de curador, cambio de rumbo que se produce a raíz la adaptación de nuestra legislación a la Convención de Nueva York que impone a los

este no pudiera realizar sin el consentimiento de quien debiera asistirle. La autoridad judicial decretará la extinción de la asistencia cuando la conducta del pródigo la haga innecesaria (art. 300 CC). Lo que sí llamaba la atención en este Proyecto de Ley es que, para el pródigo, utiliza el término «asistencia», con las connotaciones que ello conllevaba y que resultaba propio de una visión más paternalista y no el de medidas de apoyo, que era el sistema por el que se aboga en la reforma introducida en aplicación de la Convención de Nueva York de 2006. Así pues, el Proyecto de Ley de la reforma recuperaba un procedimiento autónomo para los supuestos de prodigalidad y si se refería a una figura de asistencia que se nombraría en la resolución que declarara la prodigalidad, lo que implicaba un acercamiento a la regulación que ya efectuaba el Derecho romano en las *XII Tablas*, sin embargo este procedimiento para la prodigalidad quedó descartado en el texto definitivo de la reforma y se acabó por establecer la derogación en nuestro ordenamiento jurídico que toda referencia a la prodigalidad (Disposición derogatoria única de la Ley 8/2021).

Estados parte la obligación de incorporar el contenido de la Convención a sus respectivas legislaciones. Así pues, la reforma ha supuesto un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que ha llevado consigo un cambio revolucionario con respecto a nuestra legislación anterior.

Recordemos que, antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, la tutela se regulaba en el artículo 222 CC donde se establecía que estaban sujetos a tutela los menores no emancipados que no estuvieran bajo la patria potestad, los incapacitados, cuando la sentencia lo hubiere establecido, los sujetos a la patria potestad prorrogada (figura que ha desaparecido con la reforma), al cesar esta, salvo que proceda la curatela y los menores en situación de desamparo. Sin embargo, tras la reforma, la tutela (art. 199 CC) se reserva a los menores no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad, que quedarán sometidos a tutela y tendrá carácter representativo. Las funciones tutelares constituyen un deber, al igual que ya ocurría con la regulación anterior (*vid.* art. 269 CC vigente anterior a la reforma), se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (vigente art. 200 CC). Esto implica que se extrae del ámbito de actuación de los tutores a las personas mayores de edad, a quienes cuando necesiten medidas de apoyo se les nombrará un curador.

Para las personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica se adoptarán medidas de apoyo que tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento (art. 249 CC) y deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Estas instituciones tendrán como función asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo que actualmente, tras la reforma, contempla nuestro CC, para las personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica y que regula en su artículo 250 CC, son: la guarda de hecho, que constituye una medida informal de apoyo y puede existir

cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente; la curatela, que constituye una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado y su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y sus necesidades de apoyo, estableciendo, por tanto, en los casos en los que tenga carácter representativo o no y, por último, el defensor judicial (art. 295 CC), que constituye una medida formal de apoyo que procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Aunque la Ley 8/2021 efectúa una profunda reforma de nuestro ordenamiento jurídico, en este estudio, únicamente nos vamos a detener en mencionar algunas de las principales novedades introducidas, que consideramos que tienen mayor conexión con la materia que nos ocupa, sin que ello implique que el resto no goce de nuestro interés, sino que seguramente merece un estudio aparte.

Así, en primer lugar, el vigente artículo 268 CC establece que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Igualmente, se prevé la revisión periódica de las medidas adoptadas judicialmente en un plazo máximo de tres años, aunque, de manera excepcional y motivada por la autoridad judicial podrá fijar plazos de revisión superiores, pero siempre con el límite de los seis años. Ello no resulta óbice para que, ante cualquier cambio en la situación de la persona, las medidas puedan ser revisadas si fueran susceptibles de modificación.

El legislador tampoco deja de lado la previsión respecto a las medidas ya acordadas antes de la entrada en vigor de la Ley y en su Disposición adicional establece el procedimiento de revisión de estas medidas, de tal forma que las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la

Ley 8/2021, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

A decir de Moreno Flórez,⁶⁵ cuando estamos en presencia de personas con discapacidad necesitadas de apoyos, esos apoyos se determinarán judicialmente –cuando la propia persona no los ha determinado– para posibilitar el ejercicio de su capacidad jurídica, con la finalidad de permitir «el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad»; ya que, desaparecida de la normativa vigente la capacidad de obrar, debemos centrarnos en el ejercicio de la capacidad como reflejo de la capacidad jurídica y como sinónimo, en muchas ocasiones, de capacidad de tomar decisiones por la persona con discapacidad. Para propiciar el ejercicio de la capacidad habrán de determinarse los apoyos que sean necesarios, en función de cada supuesto de hecho concreto, habida cuenta que el Código civil deja vía libre al juzgador para que en la resolución judicial consigne los apoyos que, en cada caso, considere pertinentes, con respeto tanto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, como a su autonomía.

En el nuevo sistema de apoyos resulta tan importante la adecuada concreción de la medida *ad cassum* como su correcto desenvolvimiento posterior, lo que determina que, una vez acordado el apoyo,⁶⁶ se gire la mirada hacia el modo en que la persona o entidad lo presta, en definitiva, hacia el desempeño del cargo.⁶⁷

Sostiene Campo Izquierdo⁶⁸ que las medidas de apoyo que ya están en vigor con anterioridad al 3 de septiembre de 2021, no hay que actualizarlas de forma automática, acelerada y urgente, sino que se con-

65. MORENO FLÓREZ, R. M., «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial a una persona con discapacidad psíquica», en M. Izquierdo Toslada (director), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 145-158, p.152.

66. MORENO FLÓREZ, R. M., «Comentario...», *cit.* p. 153.

67. SEGARRA CRESPO, M. J., y ALÍA ROBLES, A., «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª TS de 8 de septiembre de 2021», *Actualidad Civil*, 10, 2021, pp. 1-14, p. 2.

68. CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Derecho...», *cit.* pp. 3-4.

cede inicialmente a las personas con discapacidad y/o a las personas que vienen ejerciendo las medidas de apoyo la posibilidad de solicitar su revisión durante un tiempo prudencial. Y en caso de que se solicite, la misma se deberá llevar a cabo en un plazo máximo de un año. Si no existe esa solicitud, el juez que fijó el apoyo, o a instancia del Ministerio Fiscal, deberá proceder a dicha revisión en un plazo máximo de tres años, pues el único órgano judicial que tiene competencia para llevar a cabo esa revisión es el órgano que previamente la había fijado a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.⁶⁹ Antes hacer esa revisión, el juez deberá, si lo considera necesario, pedir un informe pericial sobre la situación y estado de la persona con discapacidad, deberá entrevistarse con dicha persona, es muy significativo y relevante del espíritu innovador de esta reforma, al utilizar ahora el término «entrevistarse» en vez de «examinar» que utilizaba el anterior artículo 759 de la LEC, con el fin de hacer hincapié que estamos hablando de personas, no de números, enfermos, incapaces, etc., y que, por tanto, debemos actuar con la debida prudencia, a fin de salvaguardar la dignidad, voluntad y deseos de estas personas, que por razón de su discapacidad, precisan de apoyos. Asimismo, el juez podrá llevar a cabo cuantas otras actuaciones, diligencias considere oportunas, incluido el solicitar informe a las entidades que se mencionan en el artículo 42 bis b), es decir de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia.⁷⁰

De conformidad con el artículo 269 CC, la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. Solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolu-

69. *Vid.* artículos 42 bis b) y 42 bis c) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), introducidos por la Ley 8/2021.

70. CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Derecho...» *cit.* p. 5.

ción motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. El curador actuará bajo los criterios fijados en el vigente artículo 249 CC.

La actuación del curador, en coherencia con la primacía de la autonomía de la persona que necesita el apoyo, que será voluntario tal como la persona lo desee, sustitutivo o no sustitutivo, si bien siempre ha de quedar margen para el cambio de voluntad de quien diseñó su propio apoyo y, por otro lado, el apoyo informal o no formalizado no es, en principio, de naturaleza representativa, aunque es posible en ciertos casos y para actos concretos. En los apoyos formales de naturaleza judicial (curador y defensor judicial) la representación será la excepción y no la regla, y todavía más excepcional será una representación plena o general.⁷¹

El artículo 269 CC hemos de ponerlo en relación con la Disposición transitoria segunda, que se ocupa de la situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho, así como de las situaciones de la patria potestad prorrogada o rehabilitada y establece que seguirán ejerciendo el apoyo que precisa la persona con discapacidad (el tutelado), pero desde la entrada en vigor de esta ley y en tanto no se fije otro apoyo, mediante la revisión, deberán actuar como los curadores con representación, que regula la ley 8/2021.⁷²

La autocuratela se regula en el vigente artículo 271 CC, de manera que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribu-

71. GARCÍA RUBIO, M. P., «La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 25, 2021, pp. 81-109, pp. 96-97.

72. CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Derecho...», *cit.* pp. 5-6.

ción del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo. En este apartado, debe tenerse en cuenta que la Disposición transitoria tercera de la Ley establece que las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela y se regirán por dicha Ley, así como los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Antes de iniciar un proceso de provisión de apoyos, se deberá averiguar si realmente la persona con discapacidad ha otorgado estos poderes preventivos, lo que haría innecesario iniciar un proceso judicial para la provisión de estos apoyos; al haber previsto el interesado esa posibilidad y haber designado en tiempo y forma el apoyo que quería y quién lo iba a desempeñar. Esta es la mejor forma de respetar y mantener los deseos y voluntad de la persona con discapacidad, que es lo que exige la nueva ley.⁷³

Como novedad, el artículo 274 CC introduce una especie de «autotutela delegada», en la medida que establece que se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada.

Al margen de las novedades mencionadas especialmente en materia de figuras de apoyo, nos ha parecido interesante hacer mención puntual a alguna modificación introducida por la Ley 8/2021 en materia testamentaria. A modo de ejemplo, la redacción del artículo 665 CC anterior a esta reforma establecía que siempre que el incapacitado, por virtud de sentencia que no contuviera pronunciamiento acerca de su capacidad para testar, pretenda otorgar testamento, el notario designaría dos facultativos que previamente lo reconocieran y solo lo autorizará cuando estos respondan de su capacidad; mientras que la vigente redacción de este artículo establece que la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

73. CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Derecho...», *cit.* p. 8.

Entendemos que, ahora, la vigente redacción del artículo 665 CC traslada a los notarios la responsabilidad de apreciar a su juicio la capacidad del otorgante de un testamento, mientras que la redacción del mentado artículo anterior a la reforma establecía la necesidad de la designación, por parte del notario, de dos facultativos que previamente reconocieran a quien estando incapacitado judicialmente en los casos en los que en la sentencia de modificación de su capacidad no se pronunciara sobre la capacidad o no para otorgar testamento del incapacitado para poder autorizar el testamento.

Por su parte, del artículo 808 CC se elimina el párrafo tercero,⁷⁴ pasando el actual cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar y se añaden dos nuevos párrafos que permiten al testador mayor flexibilidad para disponer de sus bienes a favor de descendientes con discapacidad, ya que cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*. De esta forma, si el testador hubiere hecho uso de esa facultad, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.

En definitiva, con las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, desaparece la figura del tutor para los mayores de edad, que se reserva únicamente para los menores de edad, que no estén protegidos a través de la patria potestad; el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial; se efectúa una regulación específica de la autocratela, tanto positiva como negativa, al tiempo que se introduce la posibilidad una especie de autocratela delegada y se establece

74. Dicho precepto rezaba con el siguiente tenor: «Cuando alguno de los hijos o descendientes del testador haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

la necesidad de formalización en escritura pública; se abandona la necesaria declaración judicial que declare una modificación de la capacidad para el nombramiento de un curador y, aunque esta circunstancia parece un retorno a lo que ocurría en Derecho romano para los *furiosi*, por cuanto era innecesaria esa declaración judicial,⁷⁵ sin embargo, la reforma defiende que la capacidad no es modificable y el curador se nombra como figura de apoyo y no de asistencia, mientras que en el Derecho romano el *furiosi* devenía incapaz directamente y, por otra parte, se deroga toda referencia a la prodigalidad. La reforma abandona las visiones paternalistas, por considerarlas ya caducas y apuesta por un máximo respeto a la voluntad de las personas. No se trata de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación», sino desde el enfoque de que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones y ese derecho ha de ser respetado, pues se trata de una cuestión de derechos humanos.

IV.2. Algunas sentencias dictadas al amparo de la entrada en vigor de la Ley 8/2021

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 han sido ya numerosas las sentencias que se han dictado en aplicación de las exigencias de esta Ley y consideramos de interés mencionar alguna de ellas.

En primer lugar, nos fijaremos en la primera de las sentencias que dictó el Tribunal Supremo en aplicación de la Disposición transitoria sexta. Fue la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, que resolvía el recurso (CAS) 4187/2019 y se convirtió en la primera sentencia de la Sala de lo Civil sobre la aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio (Roj: STS 3276/2021 -ECLI: ES: TS:2021:3276, Cendoj: 28079119912021100017), que reforma la legislación civil y

75. A este respecto, *vid.* LÁZARO GUILLAMÓN, C., «La innecesaria incapacitación judicial de mayores discapacitados: un supuesto de retorno a principios romanísticos en algunas legislaciones civiles europeas», *Studia Prawnoustrojowe*, 13, 2011, pp. 181-193, pp. 182 y *ss.*, que ofrece un análisis pionero de la cuestión y lo conecta con nuestro derecho comparado de los países de nuestro entorno.

procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: la sentencia aplica el régimen transitorio de la ley y analiza los elementos esenciales de la reforma y, en particular, el régimen de provisión de los apoyos que las personas con discapacidad puedan precisar para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. En el caso que resuelve, la persona interesada padece un trastorno de la personalidad, concretamente un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, bajo la normativa anterior, acordaron, en primer lugar, la modificación de su capacidad y, en segundo lugar, una medida de apoyo consistente en la asistencia para el orden y la limpieza de su domicilio, con designación como tutora de la comunidad autónoma competente. La Sala entiende que ese primer pronunciamiento, tras la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse, ya que desaparece de la regulación legal cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad. A continuación, examina si la medida de apoyo se acomoda al nuevo régimen legal. Considera que el trastorno de la personalidad que afecta al interesado incide directamente en el ejercicio de su capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad de las medidas de apoyo asistenciales acordadas. Aunque en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, en casos como este, en que existía una clara necesidad asistencial cuya ausencia estaba provocando un grave deterioro personal que le impedía el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, estaba justificada la adopción de las medidas asistenciales, proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona, aun en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga una conciencia clara de su situación. Por todo ello, se estima en parte el recurso de casación, en cuanto que se deja sin efecto la declaración de modificación de capacidad, se sustituye la tutela por la curatela y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, se confirman y se completan con algunas de las propuestas del fiscal.

Moreno Flórez,⁷⁶ al comentar la mentada sentencia y al hilo de la cuestión sobre si la persona con discapacidad puede o no rechazar apoyos, destaca que, aunque la Ley 8/2021 no consigna el derecho de la persona con discapacidad a rechazar apoyos, señala que «lo que sucede con el valor del cuidado es que su aplicación concreta a cada caso, a cada persona y las necesidades de cada persona, hace que resulte imposible precisarla en la norma, y además esa aplicación concreta resulta incoercible». ⁷⁷ En relación con lo anterior, hay que tomar en consideración que, aunque la Ley 8/2021 no establezca distinciones, no es lo mismo una persona con discapacidad física que tiene plenas facultades volitivas, que una persona con discapacidad intelectual, cuyas facultades cognitivas pueden encontrarse mermadas, por no decir que, en algunos casos, y dada la etiología de su enfermedad, puede carecer de ellas. ⁷⁸ Se trata de personas que tienen una discapacidad intelectual, originaria o sobrevenida, o discapacidad psicosocial; tal discapacidad tiene especial incidencia en el proceso de toma de decisión en sus distintas fases. ⁷⁹

Moreno Flórez,⁸⁰ tomando como referencia el artículo 58.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, defiende que cuando la persona con discapacidad no haya adoptado medidas voluntarias de apoyo, como era el caso de la sentencia, si la autoridad judicial, en función de la situación de la persona y las pruebas practicadas, considera conveniente la adopción de alguna medida de apoyo —la que, en función del caso, estime pertinente—, aunque la persona con discapacidad manifieste su voluntad de rechazar los apoyos, el juzgador puede acordar una figura de prestación de apoyos. Ahora bien, la medida de apoyo no viene determinada tanto por la necesidad de proteger a esa persona, como de facilitarle el

76. MORENO FLOREZ, R. M., «Comentario...», *cit.* p. 153.

77. PAU, A., «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista General de Derecho Civil*, vol. 7 (1), 2020, pp. 3-29, p. 14.

78. MORENO FLOREZ, R. M., «Comentario...», *cit.* p. 153.

79. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 249», en C. Guilarte Martín Calero (directora), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. C. Guilarte Martín Calero, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2021, pp. 511-527, p. 517.

80. MORENO FLOREZ, R. M., «Comentario...», *cit.*, p. 154.

ejercicio de su capacidad y esta situación puede darse, sobre todo, cuando la discapacidad de esa persona proviene de un trastorno o enfermedad psíquica que distorsiona su entendimiento o la voluntad, y hace que sin tener conciencia de enfermedad no llegue a ser consciente de la contingencia que padece y sus graves consecuencias para el ejercicio de su capacidad jurídica.⁸¹

Concluye Moreno Flórez⁸² que el Tribunal Supremo, en esta sentencia, ha señalado una nueva vía de interpretación de la exigencia de tomar en consideración la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, porque la tutela del interés de la persona con discapacidad está por encima de una interpretación literal de la norma.

En materia de autotutela, varias han sido ya las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, aplicando los criterios fijados por la Ley 8/2021, aunque únicamente y en aras de brevedad, nos vamos a fijar en alguna de ellas. En primer lugar, haremos mención a la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 19 de octubre de 2021; al resolver el recurso n.º 305/2021 (Roj: STS 3770/2021 -ECLI: ES: TS:2021:3770, Cendoj: 28079110012021100687) se pronuncia revocando la sentencia recurrida, que se había apartado de lo previsto en la disposición testamentaria en la que se había constituido la autotutela.⁸³ En ella, una madre con seis hijos había designado como tutora a una de sus hijas y, en su defecto y por orden sucesivo, a dos de sus hijos, manifestando su deseo de que no se nombrara «a cualquiera de los otros tres hijos ni a ninguna asociación, ni pública ni privada ni a ningún organismo similar». Sin embargo, en primera instancia, se nombró tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos y, en segunda instancia, mancomunadamente, a uno de los hijos, no designado en primer lugar por la madre para el cargo, y a otro, que había sido expresamente excluido por ella; y ello, con una argumentación que el TS considera «pobre» e «insuficiente», «amparada en el razonamiento inasumible de que como hay dos grupos de tres hermanos, que se llevan bien entre sí y

81. MORENO FLOREZ, R. M., «Comentario...», *cit.*, p. 155.

82. MORENO FLOREZ, R. M., «Comentario...», *cit.*, p. 157.

83. *Vid.* De VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Primeras resoluciones aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», *Diario La Ley*, 10021, 2022, pp. 1-31, p. 7.

mal con los otros tres», se «adopta la salomónica decisión de designar a una persona de cada grupo, prescindiendo de la voluntad, deseos o preferencias de la demandada». El TS entiende que no «se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos», puesto que la madre «convivía y sigue conviviendo con su hija», designada en primer lugar para ser tutora, «que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora» (se aplica ya la Ley 8/2021, por lo que la autotutela se convierte en autocuratela). Por esta razón, concluye que no cabe «la imposición de otro sistema alternativo de curatela», como «la mancomunada impuesta por la Audiencia, con la atribución además del cargo de curador a una persona expresamente excluida por la demandada. Amén de resultar contraproducente el ejercicio de tal cargo bajo el régimen jurídico de la mancomunidad, dado el conflicto existente entre hermanos, lo que dificultaría la unidad de actuación que exige la curatela, cuyo ejercicio no es susceptible de conciliarse con discrepancias en las funciones asistenciales o, en su caso, excepcionales de representación».

En similar sentido se pronuncia la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2021 (Roj: STS4003/2021-ECLI:ES:TS:2021:4003,Cendoj:2807911002021100738), ante un supuesto en el que una mujer dispuso en documento notarial, para el caso en que las circunstancias así lo requieran, que el nombramiento de tutor recayera en su hija, la sentencias dictadas tanto en primera como en segunda instancia, además de declarar la incapacidad de la señora, separan los cargos de tutor en la esfera personal y patrimonial de la tutelada, correspondiendo, en la esfera personal, nombrar como tutora a su hija y, en la esfera patrimonial, nombrar tutor a uno de sus hijos. El Tribunal Supremo, en cuanto la sentencia recurrida no respetó la voluntad de la demandada, sin razones que justifiquen debidamente una decisión de tal clase, nombrando curadora a su hija al tiempo que deja sin efecto la declaración de incapacidad, al no existir como tal,

debiendo ser sustituida por la declaración de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo y la sustitución de la tutela por la curatela, ya que aquella queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o en situación de desamparo (art. 199 CC).

Igualmente, nos ha parecido interesante mencionar varias sentencias que proceden al nombramiento de curador con funciones de representación:

En primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 23 de septiembre de 2021 (Roj: SAP S 1083/2021 -ECLI: ES: AP:2021:1083, Cendoj: 390753022021100298) en la que si bien en la sentencia de primera instancia se acordó la rehabilitación de la patria potestad a una madre, en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se la nombra curadora, tanto en el plano personal como en el plano patrimonial, al ejercicio de funciones de representación de su hijo. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Santander, de 2 de diciembre de 2020, declaraba la discapacidad plena del demandado para regir su persona y bienes, y para otorgar testamento y acuerda la rehabilitación de la patria potestad sobre el citado, que sería ejercida por su madre, Dña. Regina, con sujeción a los principios y reglas del Título VII del Libro I del Código Civil. La sentencia contempla un supuesto en el que, D. Silvio, de 18 años de edad, se encontraba diagnosticado de un cuadro con alteración del desarrollo del lenguaje y coeficiente intelectual estimado como normal y, además de sus limitaciones sociales, su atención está limitada por sus intereses, con dificultades en el entorno social y familiar. Desde el punto de vista orgánico, presenta cardiopatía congénita compleja, en proceso de corrección quirúrgica, lo que fue determinante del reconocimiento de situación de discapacidad en un porcentaje del 80 %. Antecedentes que determinan a la médico forense a concluir que Silvio requiere supervisión en algunas actividades primarias, como el aseo, con discapacidad para elegir lo que puede y debe hacer, extensa para mantener su propio bienestar y completa para el funcionamiento diario dentro de la casa o la adopción de decisiones de contenido económico (sin manejo de dinero salvo el de bolsillo ni control sobre los cambios), y con escaso uso de los recursos de la comunidad, y concluye que, a tenor de los referidos antecedentes que las limitaciones asociadas al trastorno que aqueja al demandado comprometen gravemente sus facultades con dependencia de terceras personas para satisfacer

las necesidades cotidianas de la vida en sociedad, impidiéndole su autogobierno autónomo, o la adopción de decisiones o juicios de conveniencia responsables sobre su persona o bienes, por lo que procede declarar judicialmente su discapacidad plena.

En la exploración judicial se mostró colaborador, admitió haber concluido estudios de Educación Básica y hallarse desarrollando un módulo de educación profesional en Informática. Se describió autónomo para las actividades básicas de la vida diaria y precisó de supervisión para las tareas instrumentales y avanzadas. Según su progenitora, con quien convive, la soledad le genera ansiedad con pérdida del control y hetero agresividad, registra escasa tolerancia a la frustración, hallándose en seguimiento por la Unidad de Psiquiatría infantil. Precisa de ayuda en el aseo y cuidados personales, no es capaz de elegir la ropa adecuada a la meteorología ni controlar su medicación, y los desplazamientos en líneas de transporte urbano han de ser controlados.

En segunda instancia se celebró la entrevista con D. Silvio, expresando que vive con su madre permanentemente y que cubre todas sus necesidades. Indica que no se lleva bien con su padre, a quien hace casi un año que no ve y no ha ido a su casa desde marzo de 2019, aunque habla con él cuando le llama. Quiere vivir siempre con su madre y que sea ella quien le preste el apoyo que necesita.

Si la voluntad es el criterio inicial o prioritario para encontrar el apoyo preciso, no podemos obviar que también pueden y deben establecerse las salvaguardas, voluntarias o judiciales (arts. 250 y 251 CC), para evitar o impedir los abusos, las influencias indebidas o los conflictos de interés. En consecuencia, el interés de la persona subyace, como principio correctivo, cuando se impone que se adopten las salvaguardas que eviten las circunstancias anteriores u otras que impliquen el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la persona necesitada del apoyo y, en todo caso, cuando su voluntad o sus preferencias no han podido expresarse ni reconstruirse. Incluso, el apoyo debido para el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser impuesto, en cuyo caso de extremarse el juicio de necesidad y proporcionalidad sobre las medidas de apoyos y sus salvaguardas.

Si, de acuerdo con la reforma legal, el apoyo del curador se conforma con la asistencia, existirán supuestos en los que resulta imprescindible acordar una curatela representativa (art. 269 CC). El curador

representante actuará cuando exista una imposibilidad real de conocer la voluntad de la persona con discapacidad porque carezca de un discernimiento suficiente que implique la inexistencia o grave limitación de su capacidad de decidir, aunque reciba el apoyo adecuado. Constituirá la forma de apoyo más intensa y el curador, en su ejercicio, tratará de determinar la decisión que hubiera tomado en caso de no requerir representación, a cuyo efecto se deberá tener en cuenta la trayectoria vital, sus valores y creencias (reconstrucción de la voluntad).

Además, como consecuencia lógica de la reforma, no habrá de incluirse en el fallo mención alguna a la declaración de la persona como incapacitado, discapaz o discapacitado, total o parcial, ni puede subsistir siquiera la prohibición para otorgar testamento con el fin de que, en su caso, se sigan los nuevos preceptos legales, fundamentalmente, el régimen de los artículos 663.2.º y 665 CC y concordantes. Silvio ha expresado claramente su deseo y preferencia sobre la persona que le debe prestar exclusivo apoyo: su madre. El criterio prioritario que impone atender a la voluntad, deseos y preferencias por él expresados, no debe ser en el presente caso limitado por su eventual interés, pues no existe indicio alguno de la existencia de un abuso, una influencia indebida, un conflicto de interés o el aprovechamiento de su voluntad o, en fin, por la presencia de cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 272.2 y 275 CC. Y el régimen de apoyo debe ser la curatela, dado que precisa de su continuidad, en atención a que su discapacidad es permanente con incidencia evidente en su discernimiento. No se aprecia, en cualquier caso, la existencia de una medida de apoyo actualmente suficiente (art. 269 CC). Ciertamente, expresado su deseo, la realidad que supone la mantenida convivencia con su madre y el desapego que muestra en la actualidad hacia la figura de su padre hacen inviable cualquier otra forma, por el momento, de apoyo, ni siquiera bajo la fórmula de separar los cargos de curador de la persona y de los bienes o establecer una curatela dual (art. 277 CC). La curatela que se acuerda será esencialmente representativa al apreciarse que, por su grado de discernimiento, tiene muy limitada su capacidad de decidir. La curatela de la madre deberá extenderse: en el plano personal, a la asistencia en los actos relativos al cuidado de su persona, tanto en el ámbito de su higiene como al médico-sanitario en todo lo que afecta, sin perjuicio de otros, al control de la medicación, seguimiento del tratamiento, asistencia a las

citias médicas e ingresos hospitalarios, sin perjuicio de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales y en el plano patrimonial al ejercicio de las funciones de representación de la persona necesitada del apoyo en los actos de administración, ordinaria o extraordinaria, y de disposición o gravamen, a salvo de la administración por el curatelado del dinero de bolsillo en cuantía no superior a 20 euros semanales, sin perjuicio en todo caso de la necesidad de recabar la autorización judicial en los actos previstos en el artículo 287.2.º a 9.º del CC.

La sentencia, en atención a lo indicado en el artículo 268 CC estima apropiado que, en ese caso, en el que se ha justificado la presencia de una causa de grave limitación de su capacidad de decisión que no es previsible que varíe fundamentalmente en un futuro cercano, que la revisión del apoyo se produzca a los cinco años. Esta sentencia aplica un plazo más extenso de tres años, previsto con carácter general para la revisión de las medidas de apoyo.

Por último, haremos referencia a dos sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Castellón, en las que se aplica el nombramiento de curador con funciones representativas. Así, en la primera de ellas, Sentencia 324/2021, de 4 de octubre de 2021 (Roj: SJPI1531/2021-ECLI:ESJPI:2021:1531,Cendoj:1204020092021100004), se nombra a un padre curador de su hijo de 35 años de edad, que ha realizado estudios universitarios de Ingeniería Industrial; es soltero, el mayor de 3 hermanos y, actualmente, convive con sus padres en Castellón; sus dos hermanas viven de forma independiente y él ha sido diagnosticado de un trastorno esquizoafectivo, con patrón bipolar. La sintomatología de su enfermedad consiste en presentar vivencias expansivas que tienen una dimensión delirante de tipo megalómano, e impregnan su forma de verse a sí mismo y entender el mundo, se siente con cualidades superiores, incapaz de percibir los aspectos negativos en el día a día. Leopoldo tiene reconocida una pensión de incapacidad permanente, en el grado de absoluta, para todo tipo de trabajo, con una base reguladora de 1.856,77 euros mensuales. El médico forense indica en su informe que Leopoldo precisa apoyos para las habilidades de la vida independiente, para el manejo de medicamentos y seguimiento de tratamientos médicos, no siendo capaz de consentir un internamiento en el caso de que fuese necesario. Que en el ámbito económico presenta

historial de compras innecesarias, impulsivas y sin autocontrol, así como ser víctima de estafas y no es capaz de gobernarse en el ámbito económico-jurídico y administrativo y que su capacidad contractual está alterada porque la condición patológica que padece le impide realizar actos y otorgar consentimiento en este ámbito.

El padre manifestó que su hijo precisa de protección cuando tiene una fase de manía para que no se perjudique y pierda todos sus bienes porque alguien le manipule y se aproveche, que su hijo no ha otorgado poderes notariales, que tiene una pensión de incapacidad absoluta de 1.850 euros al mes y un ingreso de 450 euros de alquiler de un piso de su propiedad que se destina al pago de la hipoteca y gastos del piso. La madre explicó que su hijo tiene un trastorno que le hace gastar excesivas cantidades de dinero y le han timado muchas veces, que su hijo necesita fundamentalmente a su padre todo el día para que le preste los apoyos que precisa, considerando que debe ser el padre quien le efectúe los apoyos que precisa por la buena relación que tienen los dos, siendo los ingresos de su hijo: la pensión y el alquiler del piso del que es propietario, y que además tiene dinero en el banco y fondo de inversión. Leopoldo, en el acto de la audiencia judicial, reconoció tener problemas porque gasta «más de lo que toca»,⁸⁴ acepta que para los grandes gastos necesitará la aprobación de su padre porque ha tenido problemas, explicó que tiene dinero en el banco y una tarjeta con límite de 2000 euros al mes, que acepta que cualquiera de sus padres le preste los apoyos que precisa, si bien, es su padre el que siempre va con él cuando sale a la calle y van a pasear juntos todos los días.

Que estas vivencias se hacen tanto en la esfera personal como en la patrimonial en los actos de administración y disposición económica y en la celebración de contratos, salvo para lo que precise autorización judicial en los supuestos del artículo 287 CC y en esta con carácter representativo.

En similar sentido se pronuncia la Sentencia dictada por el mismo Juzgado, de fecha 13 de febrero de 2022 (Roj: SJPI 299/2022 -ECLI: ES: JPI:2022:299; Cendoj: 12040420092022100001), en la que se nombra a una madre curadora de su hijo Alejandro, diagnosticado de

84. Identificamos esta conducta con un claro supuesto de prodigalidad, término que ha sido derogado de nuestro ordenamiento jurídico por la reforma introducida.

trastorno del desarrollo, capacidad intelectual límite, trastorno por déficit de atención con hiperactividad presentación combinada y trastorno de conducta tipo de inicio infantil para ⁸⁵ tomar decisiones en el cuidado de su persona, el suministro de la medicación pautaada, el seguimiento de pautas alimenticias, el manejo de pequeñas cantidades de dinero, para el efectivo seguimiento de sus cuentas corrientes, sus ingresos y gastos y lo representará para realizar actos de carácter económico o administrativo complejos como préstamos, enajenaciones, donaciones, etc., así como para consentir un tratamiento médico o una intervención quirúrgica. Al tiempo que añade que el curador deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, siempre que sea posible.

En definitiva, se trata de sentencias que abogan por aplicar la curatela con funciones representativas, no sin admitir su excepcionalidad y en supuestos muy concretos, contemplando cada de ellas supuestos distintos a los que aplicar esta figura jurídica, no sin someterlos a los controles judiciales adecuados.

V. CONCLUSIONES

I. En el Derecho romano se reconocía personalidad jurídica, no únicamente por el simple hecho del nacimiento, sino por la concurrencia en la persona de un triple *status*: ser ciudadano romano, libre y ostentar un determinado estado dentro de la familia, circunstancias que concurrían en la persona del *paterfamilias*.

II. En Roma, las personas con capacidad jurídica podían devenir, por una u otra causa, en incapaces de obrar, este era el supuesto de los enfermos mentales y los pródigos.

III. El Derecho romano consideraba a los enfermos mentales incapaces, pues no podían entender lo que hacían, si bien se distinguía, según las épocas, aquellos actos que el enfermo mental pudiera haber realizado en períodos lúcidos para los que sí se otorgaba validez a sus actos. A los enfermos mentales, en Roma, se les nombraba un tutor o un

85. Destacamos que la juzgadora de Instancia sigue los criterios marcados por la médico forense (Fundamento jurídico quinto).

curador, según las épocas, de forma automática en el momento que se contrajera la enfermedad mental y este cesaba en el cargo en el momento en que el incapaz recobraba la cordura, sin la necesidad de procedimiento alguno ni resolución del pretor que determinara que había recobrado la cordura.

IV. A diferencia de los enfermos mentales, en el caso de los pródigos, el Derecho romano regulaba, ya desde las *XII Tablas*, un procedimiento por el que se declaraba pródigo a una determinada persona y por tanto incapaz desde ese momento. Al pródigo se le va a permitir únicamente la realización de actos jurídicos que le sean favorables.

V. El Código Civil español concebía la necesidad de una sentencia firme dictada en un procedimiento judicial para modificar la capacidad de una persona y, por tanto, para el nombramiento de tutor o curador. Esta necesidad se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

VI. La Convención de Nueva York de 2006, sobre personas con discapacidad, ha supuesto el cambio de concepción de la discapacidad, introduciendo nuevos paradigmas en los derechos internos de los países firmantes de la Convención.

VII. El legislador español, recogiendo el mandato impuesto por la Convención, aprobó la Ley 8/2021, de 2 de junio, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, que reforma gran parte de nuestro ordenamiento jurídico, abarcando normas de derecho positivo, procesal, administrativo, etc.

VIII. Con la reforma introducida, el nombramiento de tutor se reserva a los menores de edad no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

IX. Se abandona la necesaria declaración judicial que declare una modificación de la capacidad para el nombramiento de un curador. Aunque esta circunstancia pudiera parecernos un retorno al Derecho romano para los *furiosi*, por cuanto era innecesaria esa declaración judicial, sin embargo, la actual legislación defiende que la capacidad no es modificable y el curador se nombra como figura de apoyo y no de asistencia, mientras que, en el Derecho romano, el *furiosi* devenía incapaz directamente del Derecho Romano por considerarlas ya caducas y apuesta por un máximo respeto a la voluntad de las personas.

X. Otra novedad que introduce la reforma es la derogación de toda normativa que haga referencia a la prodigalidad, apartándose de nuestra tradición legislativa, ya desde las *XII Tablas*.

XI. La reforma supone un auténtico cambio de concepción, no simplemente de un cambio de terminología, sino que desde el enfoque relativo a que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, se atiente a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Configura figuras de apoyo y no de asistencia, como venía ocurriendo hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021.