

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO ACTUAL EN ESPAÑA Y REGULACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

Certain aspects of incapacity in Roman Law, current Spanish Law and regulation in some neighbouring countries

M.^a CARMEN COLMENAR MALLÉN
Universitat Jaume I - Castelló (España)

Resumen: En este trabajo nos ocuparemos del estudio de algunos aspectos de las principales figuras de guarda para las personas mayores de edad, partiendo de su regulación en el Derecho Romano, su evolución hasta la actualidad y haremos mención a la regulación que algunos países de nuestro entorno efectúan al respecto. Analizaremos igualmente determinada normativa internacional y europea en la materia.

Palabras clave: *incapacidad. Discapacidad. Igualdad. Derechos Humanos.*

Abstract: In this work we will study of some aspects of the main guardian figures for the elderly, based on its regulation in Roman law, its evolution to the present day and we will mention the regulations in some nearby countries. We also we'll make reference at certain interna international and European legislation on this subject.

Keywords: *Inability. Disability. Equality. Human Rights.*

SUMARIO: 1.–Introducción. 2.–El Derecho Romano y la incapacidad. 3.–Incapacidad en el Derecho civil español: 3.1. Incapacitación y discapacidad; 3.2. Actual procedimiento de incapacitación y figuras de guarda; 3.3. Mecanismos preventivos; 3.4. Revisión de la actual incapacidad. 4.–Algunos países de nuestro entorno: 4.1. Alemania; 4.2. Francia; 4.3. Italia; 5.–Conclusiones.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

I. INTRODUCCIÓN

Para ello tendremos como referente el Derecho Romano como principal origen de nuestra actual regulación sin perder de vista la perspectiva que ha ido surgiendo en la evolución de la regulación de estas figuras asistenciales para mayores de edad, así como las innovaciones que han ido aportando las distintas normativas, tanto de nuestro Derecho común, algunas legislaciones forales, puntuales referencias a la regulación que algunos países de nuestro entorno efectúan al respecto, sin tampoco olvidar alguna normativa internacional, especialmente dentro del marco de las Naciones Unidas y alguna normativa europea en la materia, así como en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad encaminado a adaptar la legislación española a la Convención de Nueva York de 2006, de las personas con discapacidad, primer instrumento internacional jurídicamente vinculante en el ámbito de los derechos humanos del que son parte la Unión Europea y sus estados miembros y que se aplicará en breve a toda la Unión, ya que la Convención exige a los estados parte que protejan y salvaguarden los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

II. EL DERECHO ROMANO Y LA INCAPACIDAD

Creemos necesario recoger algunas notas que, aunque son de carácter general, básico y necesariamente conocido, han de matizarse en cuanto a la delimitación del concepto de incapacidad en el Derecho romano y su proyección más moderna para evitar el riesgo del llamado «presentismo» advertido por Grossi¹, es decir, proyectar conceptos actuales a otra época histórica de forma inadecuada o incongruente.

Es fundamental precisar la diferencia entre el significado de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Cabría hablar, en el primero de los supuestos, de poder de titularidad y, en el segundo, de poder de ejercicio, es decir, la capacidad de obrar es la aptitud que tiene una persona para realizar, por sí, actos que produzcan efectos jurídicos²; mientras que la capacidad jurídica es

¹ GROSSI, P., «Un Derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval» en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 9, UNAM, México, Dialnet, 1997, pp. 167-178, p. 169.

² Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, 5.ª edic., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 193 y ss.

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones.

La capacidad de obrar plena en Roma depende de ser *sui iuris*, ser varón y ser mayor de 25 años³, y en 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), será para la concreta actividad para la que ha sido encargado, para la que el *alieni iuris* tendrá capacidad de obrar.

La capacidad jurídica, en la actualidad, se obtiene por el mero hecho del nacimiento –ser persona– mientras que en Roma, en puridad, depende esencialmente de ser *sui iuris*, es decir, no descansa en el hecho de ser persona, sino de obtener un determinado *status familiae*; 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 sólo 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*⁴–.

En el Derecho romano⁵, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho actual, no toda persona tiene capacidad jurídica, pero tanto en el Derecho Romano como en la actualidad hay personas que, tienen capacidad jurídica, pero carecen de capacidad de obrar y, en esos casos, se requiere de otra persona que supla esa falta de capacidad de obrar que asista en la realización de determinados actos para que tengan plenos efectos jurídicos.

³ Hacemos notar que nos referiremos a personas que tengan la condición de ciudadanos romanos.

⁴ Quede claro que 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.

⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 3.^a edic., Madrid, Iustel, 2010, p. 192, afirma que en el Derecho romano de los primeros siglos, sólo tenía plenitud de derechos aquella persona en la que concurrían, al propio tiempo, las condiciones de varón, libre, ciudadano y cabeza de familia, lo que le lleva a afirmar que, en Derecho romano, la palabra persona, en sentido estricto, no equivale a sujeto de derechos, más allá de las personas que se encontrasen en la posición señalada. Esta concepción empezó ya a cuestionarse en la época clásica, lo que se manifestó en una atenuación en sus exigencias y en un reconocimiento de derechos a personas en quienes no concurrían estos requisitos, evolución que llega a sus últimas consecuencias en época justiniana. Con el término *capax* se alude en el lenguaje jurídico romano a la idoneidad de una persona para ser titular de derechos y obligaciones en relaciones concretas, así: en D.47.2.3, *capax doli o culpa*, hacía referencia a la aptitud del sujeto para ser considerado responsable de actos propios realizados con culpa o dolo; en D.9.2.5.2, *iniuriae capax*, se analiza la capacidad del loco, del infante y del impúber para responder del daño causado, etc.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

En general, la falta de capacidad de obrar de determinadas personas, 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 (D.26.1.6.2)⁶.

Por otra parte, existían otros 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 otra causa, (enfermedad mental –*furiosi*⁷–, 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*, tienen puntos de partida en común: tienen capacidad de obrar pero devienen incapaces, el ordenamiento jurídico romano propone un régimen diferente para uno y otro supuesto.

En el caso del enfermo mental⁸ no se prevé una declaración formal de incapacitación, si bien, a decir de Fernández de Buján, la intervención del ma-

⁶ Texto que ha sido analizado en profundidad por gran parte de la doctrina, sirva a modo de ejemplo: SOLAZZI, S., «*Iurisdictio contentiosa*» e «*iurisdictio voluntaria*» *Nelle fonti romane*, en *Scritti di diritto romano III*, Napoli, Giuffrè, 1960, pp. 163-197, pp. 182 y ss.; LAURIA, M., *Iurisdictio, Studi in memoria di P. Bonfante II*, Milán, Giuffrè, 1930, pp. 481 y ss.; DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, Giuffrè, 1937, p. 267 y ss.; WATSON, A., *The Law of persons in the later Roman Republic*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1967, reimpresión de 1984, pp. 111 y ss.; BETANCOURT, F., *Derecho romano Clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, p. 142.; GUZMÁN, A., *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1976, pp. 27 y ss.; PANERO ORIA, P., «*La datio tutoris en la Lex Irnitana*» cap. 29, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 81, 2011, pp. 973-996, p. 994.

⁷ 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, sólo se había previsto la situación de aquellos casos que revestían una especial gravedad o agresividad. No se preveía una declaración formal de incapacitación, y la intervención del magistrado en el nombramiento del curador exigiría una constatación previa de la existencia real de la enfermedad mental.

⁸ A decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho*, cit. p. 219, 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. 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. 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.27.10.7 pr.; I.2.12.1). De hecho, 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

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

gistrado 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».

Sin embargo, la condición de pródigo⁹ 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 *decretum*, 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 equipara a la del impúber mayor que el *infans*, en contraposición con la nula capacidad de obrar de los *infans* y de las personas con enfermedad mental.

Similar régimen de protección mediante figura de guarda resultaba aplicable a los sordos, los mudos o los ciegos, por cuanto que se les consideraba incapaces. Aquí es necesario puntualizar que, las enfermedades o deficiencias físicas, sólo 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 jurídicos¹⁰.

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 requieran¹¹. Según Cabrera Mercado¹² desde el punto de vista

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.

⁹ 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.27.10.1 pr.; D.27.10.10 pr.; D.46.2.3).

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² CABRERA MERCADO, R., «El proceso de incapacitación», en Dirs. P. González Poveda y J.M. Picón Martín: *Los discapacitados y su protección jurídica*, Madrid, McGrawHil, Estudios de Derecho Judicial, 1999, pp. 209-229, p. 209.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

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 definitiva, era innecesaria la declaración de incapacidad para el nombramiento de una figura de guarda.

En el mismo sentido que Cabrera Mercado se pronuncia Volterra¹³, 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. Todo ello a salvo de los supuestos de prodigalidad para los que parece que sí era necesario que se produjera esa declaración de incapacidad.

Este último supuesto, el de los pródigos, quizá constituye el antecedente más remoto de nuestro sistema actual de incapacidad para el que es preceptiva una previa declaración judicial para el caso en que la persona que incurre en determinadas conductas pueda ser considerada incapaz, ya que sin esa previa declaración judicial se le reconoce una capacidad plena.

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, la tutela se define como un poder y potestad sobre persona libre que permite y otorga el Derecho civil para proteger a quiénes siendo *sui iuris* por razón de la edad no puede defenderse por sí mismo (D.26.1.1 pr.¹⁴).

La tutela debe concebirse como una institución encaminada a proteger a quiénes 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. 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 (D.26.1.1.1¹⁵).

¹³ VOLTERRA, E., *Instituciones*, cit., p. 136.

¹⁴ D.26.1.1 pr.: «(Paulus libro 38 ad edictum).—Tutela est, ut Servius definit, uis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure ciuili data ac permissa».

¹⁵ D.26.1.1.1: «(Paulus libro 38 ad edictum).—Tutores autem sunt qui eam uim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur».

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

La gran mayoría de la doctrina¹⁶ para definir la tutela romana, además acudir D.26.1.1pr., complementa el análisis de dicho texto con el estudio de I.1.13.1 «*Est autem tutela, ut Servius definivit, ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa*», al considerar que Justiniano reproduce en las Instituciones la misma definición de la tutela que realizaba Servio Sulpicio Rufo».

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.

En el derecho antiguo las causas que motivan el nombramiento de tutela se fijan más en la diferente posición de los sujetos respecto a su patrimonio y la consideración de éstos dentro del ámbito social romano que en su necesidad de protección jurídico-social¹⁷, la relación entre la patria potestad y la tutela es manifiesta y así ha sido puesto de relieve por numerosos autores, entre ellos Sanz Martín¹⁸, quien sostiene que aquella es la prolongación del poder del *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. 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/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 titular¹⁹.

A decir de Sanz Martín tanto la tutela como la *cura* se establecen como dos instituciones de protección, que se ejercitan principalmente sobre las per-

¹⁶ Entre otros, vid. BETANCOURT, F., *Derecho romano Clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, p. 445; OLIVER SOLA, M.C., «Precedentes romanos sobre la adopción, tutela y curatela», *Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 18, n.º 2, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 181-220, p. 203; WATSON, A., *The Law of persons*, cit., pp. 102 y ss.

¹⁷ SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 10.

¹⁸ SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil*, cit., p. 14.

¹⁹ La misma posición común sostenía VOLTERRA, E. *Instituciones*, cit., p. 125.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

sonas necesitadas de defensa, generalmente por razones de edad, referidas al ámbito patrimonial, y no a la efectiva protección de las personas²⁰.

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.192²¹. No en vano algunos autores como D’Ors²² realizan, ya que al tratar la tutela antigua hablan de ella 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 posible heredero de ese patrimonio. Costa²³ manifiesta que la función primitiva de la tutela no era otra que la de salvaguardar las legítimas expectativas del grupo familiar.

En una segunda etapa, fijada legalmente en el s. 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*) 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 (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 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 Tablas²⁴ 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*, lo bien cierto es 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

²⁰ BONFANTE, G., *Corso di diritto romano*, I, Diritto di famiglia, Milan, Giuffrè, 1963, pp. 551-552.

²¹ Así por ejemplo «Gai I. 192 *Sane patronorum et parentum legitime tutelae uim aliquam habere inteleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res Mancipi alienandas neque ad obligationes suscipiendae 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.

²² D’ORS, A., *Derecho romano Privado*, 5.ª edic., Pamplona, Universidad de Navarra, 1991, p. 351.

²³ COSTA, E., *Cicerone Giurisconsulto I*, edición anastática, Roma, 1964, p. 71.

²⁴ GUARINO, A., *Notazione romanistiche*, II: *La lex XII Tabularum e la tutela*, *Studi in onore S. Solazzi*, Napoli, 1948, pp. 37 y 38.

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

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*.

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, pero es posible diferenciarlas aludiendo a su ámbito de actuación, pues mientras, según una máxima romana contenida en D.26.2.12-14²⁵ y D.40.1.13²⁶: *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 asistido²⁷, mientras que el componente de gestión personal en la tutela es claro.

La curatela, junto a la tutela, es la otra figura de guarda del Derecho Romano, con la que presenta diferencias y muchas similitudes con la tutela. Si bien en el Derecho romano existían ya desde antiguo estas dos instituciones la *tutela* y la *cura*, aunque en un primer momento surgen como esencialmente distintos posteriormente llegan a confundirse²⁸.

La figura del *curator*, para los dementes y los pródigos, se introduce con la Ley de las XII Tablas 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 ésta su principal diferencia para con la tutela, ya que la misma se ejerce sobre personas que nunca han gozado de dicha capacidad de obrar.

Respecto a las diferencias entre tutela y curatela resulta 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.

Igualmente, el principio tradicional *tutor datur personae, curator rei* debe matizarse, pues nadie cuida de ninguna persona sino de los bienes, aun-

²⁵ 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».

²⁶ 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».

²⁷ Vid. SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil*, cit., p. 17.

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

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

que 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 Betancourt²⁹ la curatela es como un encargo de administración hecho por la *potestas* política de un patrimonio privado cuyo titular *sui iuris* púber tiene limitada su capacidad de obrar, y distingue distintos tipos de curatela, distinguiendo 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, como afirma Girard³⁰ 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.

III. LA INCAPACIDAD EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

III.1 Incapacitación y discapacidad

La regulación de la incapacitación en nuestro Derecho civil común, la encontramos en el Código Civil de 1889, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (CC). Nuestro ordenamiento jurídico civil, que había venido siendo de clara tradición romanista, tal como señala PALOMINO DÍEZ³¹, con la promulgación del CC se aparta de nuestro Derecho histórico e intenta seguir además de otros Códigos europeos, las directrices del Código de Napoleón de 1804, reproduciendo prácticamente la regulación que el mismo realizaba de la institución tutelar, circunstancia que se percibe por el marcado carácter familiar de esta normativa del Código.

Debemos hacer constar que únicamente nos vamos a fijar en los incapaces mayores de edad, dejando al margen de estudio la figura de los menores de edad.

²⁹ BETANCOURT, F., *Derecho romano*, cit., pp. 451ss.

³⁰ GIRARD, P.F., *Manuel Elementaires de Droit Romain*, 7.^a edic., Paris, Rousseau, 1924, p. 233. En el mismo sentido ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano* vol. II, 17.^a edic., Madrid, Editorial de Derechos Reunidas, Revista de Derecho Privado, 1984, p. 752.

³¹ PALOMINO DÍEZ, I.: *La organización de la tutela como tutela de familia o tutela de autoridad: un dilema histórico*, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, puesto en línea el 5 de febrero de 2008, p. 5, en: <http://journals.openedition.org/nuevomundo/23013>; DOI: 10.4000/nuevomundo.23013 (última consulta realizada el 23 de junio de 2019).

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

De conformidad con el artículo 199 CC (según redacción dada por el artículo 1 de Ley 13/1983, de 24 de octubre) «Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley», por lo que al mayor en nuestro ordenamiento se le presume *iuris tantum* la capacidad de obrar plena, esto significa que sólo se puede incapacitar a través de sentencia judicial³² que declare la incapacidad cuando una enfermedad o una deficiencia física o psíquica impide que la persona ejercite por sí misma sus derechos (art. 200 CC). La doctrina del Tribunal Supremo es clara al respecto, al señalar que: «la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa»³³.

Por tanto, son básicas la persistencia y la imposibilidad de autogobierno. Si estas son las premisas que nuestro alto tribunal tiene en cuenta a la hora de determinar o no la incapacidad de determinado sujeto, nos podemos encontrar con toda una serie de personas con discapacidad no incapacitable que también necesitan asistencia y protección³⁴. Desafortunadamente, para estas personas, no hay, en principio, antes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, posible asistencia dado que el vínculo entre incapacidad y tutela en general es tan estrecho que sin la declaración de modificación judicial de la capacidad no se nombra figura de asistencia.

Ha sido muy discutido determinar cuáles son las características de enfermedad mental que impliquen la posibilidad de una declaración previa de incapacidad. Las opciones que contempló el legislador fueron diversas, ya que, mientras existían quienes eran partidarios de concretar qué debía entenderse como enfermedad mental, estableciéndose en ese caso un elenco tasado de enfermedades mentales fuera de las cuales no cabría plantear la posibilidad de incapacitar a una persona, finalmente se optó por un sistema más amplio y generalista que diera cabida a otro tipo de enfermedades mentales que si bien

³² Vid. artículo 199 del CC.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2005 (TOL 759.112).

³⁴ Se realizó un análisis estadístico por DELGADO BUENO, S., RUIZ DE LA CUESTA, J.M.^a, «Aspectos Médicos-legales del internamiento y de la incapacitación», en *Los discapacitados y su protección jurídica. Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 23-103, pp. 70 y ss., en el que los autores concluyen que el supuesto de retraso mental en sus distintos grados (grave, moderado y leve) es admitido por la jurisprudencia como causa de incapacitación total o parcial en atención a la gravedad, ello demuestra que la jurisprudencia hace depender la incapacitación no tanto de la enfermedad que padece el presunto incapaz, sino a los efectos que proporciona su patología. En este sentido, y siguiendo a SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 111, el juez limita la incapacitación a los ámbitos a los que realmente afecta la deficiencia o la patología y en los que la necesidad de protección es evidente, no obstante, los retrasos mentales leves, por ejemplo, pueden no proporcionar una sentencia de incapacitación, ni siquiera parcial.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

en un principio es posible que no estuvieran previstas, sí podrían incardinarse como causa para declarar la incapacidad de alguien, siempre claro está, sujeto al criterio médico, que es quien en definitiva será capaz de precisar aquél que padeciendo una determinada enfermedad mental es incapaz de autogobernarse por sí mismo³⁵.

Aunque el artículo 199 CC parece que opta por un criterio generalista cuando se refiere a «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico», tal y como manifiesta Huertas Martín³⁶, tampoco es menos cierto que la jurisprudencia y los psiquiatras y médicos forenses han ayudado a concretar los criterios a tener en cuenta para declarar incapaz a alguien, y según sostiene Rivero Fernández, es importante que dichas enfermedades o deficiencias no adquieran importancia por sí mismas, sino en relación a la repercusión que produzcan en la persona afectada, así como que estas enfermedades únicamente resultan trascendentes, a los efectos que nos ocupan, cuando impiden o dificultan el autogobierno de la persona, pretendiéndose con la incapacitación siempre el interés de la persona y no de terceros, y se incardina el supuesto de toxicomanía grave en las causas de incapacitación del artículo 200 CC, siempre que la misma afecte al autogobierno de la persona.

Para que pueda declararse la incapacitación por enfermedad física es necesario que la misma impida de modo grave el autogobierno del sujeto, tal sería el caso del coma profundo y de la situación de muerte clínica.

El artículo 200 también hace hincapié en la necesidad de la persistencia de la enfermedad, lo que implica que se prevea con un mínimo de justificación, que la causa que motive la incapacidad y sus efectos van a tener una duración prolongada en el tiempo, ya que una situación que se prevea temporal no justifica una declaración de incapacitación³⁷.

³⁵ En este sentido se pronuncia GARCÍA-LUBEN BARTHE, P., en *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas*, Madrid, Colex, 1999 pp. 101 y ss., pp. 113 y ss., quien refiere que hoy en día todas las enfermedades y deficiencias mentales pueden dar lugar a incapacitación; y PÉREZ ALGAR, F., en «La incapacitación», en *Estudios sobre la incapacitación e instituciones tutelares*, Madrid, ICAI, 1984, pp. 73-109, pp. 78 y ss., que sostiene que para determinar, cuáles son las distintas enfermedades podría adoptarse un camino análogo al seguido por el Tribunal Constitucional para definir el contenido esencial. En definitiva, sería la especialización científica la que determinaría concretamente todo ese elenco de los que ha de llamarse enfermedad mental.

³⁶ HUERTAS MARTÍN, I., *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (Aspectos procesales y sustantivos)*, Granada, Comares, 2002, p. 87.

³⁷ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 18 de julio de 2007, n.º 297/2007 (EDJ 2007/209811), que se expresa en los siguientes términos: «además de la prueba de la enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico en que se funda la incapacidad, el artículo 200 del Código Civil requiere que tal enfermedad o deficiencia «impida a la persona gobernarse por si misma»; el autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona, o, como dice un autor, «el gobierno de si mismo por si mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

Hay que tener en cuenta que jurídicamente, incapacidad y discapacidad, si bien no son conceptos idénticos, tampoco resultan incompatibles³⁸ y entre otros factores, muy probablemente esta situación deriva de un desconcierto legislativo sobre los conceptos de discapacidad e incapacidad judicial³⁹. Actualmente, el concepto de discapacidad en el ámbito del Derecho civil⁴⁰ hay que buscarlo en 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 norma tributaria con esta finalidad, que se promulgó en desarrollo del mandato constitucional del artículo 49 CE, a la que remite la disposición adicional cuarta del CC –que ha sido modificada precisamente por dicha ley– cuando dispone que, la referencia que se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041 a personas con discapacidad debe entenderse realizada al concepto definido en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del CC, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

El artículo 2.2 de la Ley 41/2003 contiene los criterios que la Ley fija como personas con discapacidad, estableciendo que únicamente tendrán esta consideración las que estén afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, así como las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.

concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial»; y en el mismo sentido *la STS 781/2004, de 14 de julio de 2004 (Roj: STS 5182/2004 - ECLI: ES:TS:2004:5182; Id Cendoj: 28079110012004100818)*. Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado). Tiene declarada la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, que lo determinante es que la enfermedad o deficiencia ha de ser constante, entendida como permanencia hacia el futuro» (STS de 19 de mayo de 1998). Reiterando las SSTs de 19 de febrero de 1996 y de 10 de febrero de 1986, que «equivale a permanencia firme con independencia de su mayor o menor intensidad periódica», por lo que tal concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiesten en fases cíclicas. Así pues, las manifestaciones episódicas del padecimiento no impiden que pueda darse a ésta la naturaleza de enfermedad incapacitante siempre y cuando la misma impida al sujeto el gobierno de su persona en cualquiera de aquellos planos antes expuestos».

³⁸ Vid. NOGUERA NEBOT, T., Ponencia «La Ley 41/2003 de protección a las personas con discapacidad y la sustitución fideicomisaria», expuesta en el *Congreso Internacional de Derecho de Familia*, junio 2005, Madrid, Universidad San Pablo-CEU, 2005, (EDB 2005/89758).

³⁹ Así lo pone de manifiesto CORDERO CUTILLAS, I., «Discapacidad e incapacidad judicial en el Derecho civil ¿conceptos sinónimos?», en *CEF Legal* 55-56 (agosto-septiembre 2005) pp. 3-44, p. 7.

⁴⁰ Dejamos a salvo el ámbito laboral y de la Seguridad Social.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Además, en el apartado 3 de dicho artículo 2 precisa que el grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a los establecido reglamentariamente o por resolución firme.

Mientras que personas incapacitadas son quiénes así han sido declaradas por sentencia, tras el correspondiente procedimiento judicial, actualmente denominadas personas con capacidad modificada judicialmente.

En la normativa internacional la Convención sobre los Derechos Humanos de la Personas con Discapacidad, aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor en el España el 3 de mayo de 2008, en su artículo 1 define las personas con discapacidad como 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 que las demás.

Sin embargo, y a pesar del avance que dicha normativa ha propiciado en la defensa de los intereses patrimoniales presentes y futuros del discapacitado⁴¹, sólo la incapacidad judicial o la incapacitación es un estado civil de la persona física que afecta a la capacidad de obrar y sólo ésta es la que permite activar a las instituciones de guarda clásicas, esto es, la tutela y la curatela⁴².

Tal como pone de manifiesto Valcarce Ruiz⁴³, del contenido de los anteriores arts., se desprende claramente que la incapacitación es el resultado de un procedimiento necesariamente judicial, que termina por sentencia⁴⁴.

⁴¹ A este respecto, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., quien en *Incapacidad y Mandato*, Madrid, Wolters Kluwer, 2008, pp. 88-89, señala que no se trata, en ningún caso de que la declaración de discapacidad, en el ámbito de dicha Ley 41/2003, altere la presunción general de capacidad de la persona, poniendo de relieve que se trata de una declaración administrativa que certifica un cierto grado de discapacidad, servirá como medio ordinario y no privilegiado de prueba más, -siempre que se inste el procedimiento de incapacitación-, que por sí sólo no debe llevar a alterar la presunción general de capacidad, sobre todo cuando se trate de enfermedades mentales o de patologías que afecten a personas mayores, con independencia de su graduación, no implican una situación lineal al tratarse de dolencias que presentan cambios de intensidad.

⁴² Aunque si tenemos en cuenta el artículo 52 de la Ley 25/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, relativo a la guarda de hecho, contempla la posibilidad de establecer responsabilidades del guardador de hecho, tanto de la persona con capacidad modificada judicialmente, como de la que pudiera estarlo, siendo este último inciso en el que quizá podríamos vislumbrar la posibilidad de nombramiento de tutor o curador sin existir una declaración previa de incapacidad, especialmente si tenemos en cuenta el artículo 44 de la misma Ley según el cual «Se aplicará lo dispuesto en esta Sección para la constitución de la tutela y de la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona».

⁴³ VALCARCE RUIZ, V., «Los procesos de incapacitación y de la reintegración de la capacidad declarada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los juicios declarativos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil». Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. www.valcaceabogdoscom/Incare-integrLEC.pdf. (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019).

⁴⁴ A este respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de julio de 2007, n.º 369/2007, en su fundamento de derecho primero reproduce los artículos 199 y 200 CC, señalando que la jurisprudencia ha aclarado que este impedimento al gobierno de la persona por si misma equivale a la

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

Ahora bien, en determinados casos y aun cuando una persona estuviere incapacitada judicialmente, nada impide que pueda otorgarse validez a determinados negocios jurídicos realizados por sí mismo, así ocurre respecto a la prestación del consentimiento para contraer matrimonio, tal como pone de manifiesto la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 17 de enero de 2007 («BOE» 47/2007) (EDD 2007/5036). Esta resolución concluye que las anomalías o deficiencia psíquicas, aun cuando hayan dado lugar a una incapacitación judicial del sujeto afectado, sólo impiden el matrimonio si imposibilitan el consentimiento matrimonial, lo cual se ha de determinar a través del dictamen médico previsto en el artículo 56 párrafo segundo del Código Civil, que se incorporará al expediente.

En este punto debemos detenernos a analizar el especial supuesto de la prodigalidad, que actualmente, y tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, su regulación debe subsumirse como una de las causas de incapacitación por enfermedad mental, si bien con unas notas muy características. La entrada en vigor de la vigente LEC supone la derogación de varios de los arts. que el Código Civil de 1889 dedicaba de forma autónoma a la prodigalidad, concretamente los artículos 294, 295, 296 y 298, salvando únicamente el artículo 297, relativo a los actos que el declarado pródigo realizare con carácter previo a la demanda de prodigalidad, para los que se establece que son válidos, y no podrán ser atacados por esta causa.

La prodigalidad es una conducta referida exclusivamente al ámbito económico. Los requisitos para que una conducta pueda ser calificada de pródiga han venido estableciéndose por la doctrina y la jurisprudencia.

La prodigalidad es aquella conducta desarreglada de la persona que de modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, ya por la propensión a los gastos inútiles o desproporcionados a su situación económico-social o bien por administrar sus bienes con descuido y ligereza, poniendo con ello en riesgo injustificado su caudal, en perjuicio de sus familiares más íntimos, cónyuges, descendientes o ascendientes (STS de 25 de marzo de 1942)⁴⁵.

imposibilidad total y completa a dicho gobierno. «Es decir que como principio general debe reputarse capaz a toda persona, mientras no se demuestre lo contrario por una prueba concluyente (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 mayo 1969, 1 febrero 1956 y 10 febrero 1986) y tal prueba ha de ir destinada a constatar la existencia de enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona para regirse por sí misma, y revelen, en definitiva, la necesidad de poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en los artículos 215, 222 o 287 del Código Civil, puesto que esa y no otra es la finalidad primordial de la incapacitación: la protección de la persona que no se halla en condiciones, físicas o psíquicas, de protegerse a sí misma. Considerando los razonamientos precedentes, ha de concluirse que la prueba en este tipo de procedimientos ha de ser concluyente y ha de destruir el principio general favorable a la presunción de capacidad de las personas» (EDJ 2007/176008).

⁴⁵ Citada por GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., en *la curatela en el nuevo sistema*, cit., p. 178.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Por tanto, es necesaria la habitualidad de dicha conducta, que la dilapidación que la persona realice de su patrimonio, esté en función de su cuantía, de la innecesariedad de la realización de dichos gastos y que con sus actos ponga en peligro, no sólo su propio patrimonio sino la economía familiar.

Por tanto, quizá no sería aventurado propiciar en el ordenamiento jurídico-civil el reconocimiento de una incapacidad de obrar de hecho sin necesidad de la previa incapacitación judicial siguiendo el ejemplo, entre otras, de la ley alemana en el sentido de configurar un sistema de guarda de mínimos, sin duda, con la finalidad de mantener un nivel máximo de autodeterminación y de autonomía privada al tiempo que se presta asistencia⁴⁶. Todo ello sin perjuicio de la necesaria incapacitación judicial en los supuestos recogidos en la norma para evitar actos nulos o anulables⁴⁷.

III.2 Actual procedimiento de incapacitación y figuras de guarda

Nuestro sistema jurídico actual establece la necesidad de la incapacitación con carácter previo al nombramiento de tutor o curador, y ese procedimiento se confirma como un procedimiento contradictorio que actualmente viene regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), en el Libro IV, dentro de los procesos especiales, dentro de su Título I⁴⁸ que lleva por rúbrica «De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», en su Capítulo II titulado «De los procesos sobre la capacidad de las personas» y comprende los artsículos 756 al 763⁴⁹ de dicho cuerpo legal. Igualmente debe tenerse en cuenta la Ley 25/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («BOE» n.º 158, de 3 de julio de 2015 y corrección de errores «BOE» n.º 210, de 2 de septiembre de 2015).

⁴⁶ Debemos advertir que actualmente está en trámite un Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en esa línea, y del que nos ocuparemos más adelante.

⁴⁷ En esta misma línea, *vid.* artículos 56, 57, 58. 1, 58. 3 y 59 Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria.

⁴⁸ En este sentido, MARTÍNEZ MAROTO, A., «La incapacitación», en *Informes Portal Mayores*, n.º 11, Madrid 2003, donde pone de manifiesto que al tratarse de un procedimiento especial le son de aplicación los principios de investigación de oficio y de oficialidad de la acción. También se debe tener en cuenta que la demanda y la contestación a la demanda tienen que ser por escrito, para lo que hay un plazo de veinte días, y no se hace como procedería en un juicio verbal, en el acto de la vista, en la página web: <http://www.imersomayores.csic.es/documentos/documentos/martinez-incapacitacion-01.pdf>. (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019).

⁴⁹ Debemos advertir que parte del artículo 763.1 LEC fue declarado inconstitucional en virtud de la Sentencia del TC 132/2010, de 2 de diciembre, «BOE» n.º 4, de 5 de enero de 2011).

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

Debemos tener en cuenta que, cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela (art. 230 CC) y estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 229 CC).

Actualmente los legitimados para solicitar dicha declaración son los que establece el artículo 757,5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Y en el caso no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.

De cualquier modo, lo que sí es claro es que la prodigalidad es un mecanismo de defensa al servicio de la familia para que un individuo se coloque en posición de no poder atender las necesidades de la misma⁵⁰. La declaración de prodigalidad supone la causación por el pródigo de un estado de necesidad familiar o peligro inminente de originarlo⁵¹.

Para la constitución de la tutela el juez oír a los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años (art. 231 CC) (art. 759 LEC).

El procedimiento de incapacitación o declaración de prodigalidad finalizará por sentencia, en la que se establecerá el alcance y límites de la misma⁵²,

⁵⁰ Vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 28 de junio de 2007 (EDJ 2007/201017), que recopila las notas que establece la jurisprudencia para calificar una conducta como incardinable dentro de los parámetros de la prodigalidad menciona como tales las siguientes: se requiere una conducta habitual; dicha conducta ha de ser esencialmente condenable, que exceda de una administración mala o arriesgada; la conducta ha de crear un riesgo injustificado para el patrimonio; se requiere que la conducta se realice en perjuicio de su familia más íntima, es decir, en perjuicio de aquellos que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselo, pues la declaración de prodigalidad no se da en beneficio de la sociedad, sino para proteger un interés privado familiar.

⁵¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema*, cit., p. 197.

⁵² Debe tenerse en cuenta que los tribunales cada día con mayor frecuencia están dictando al dictar sus resoluciones al amparo de la Convención de Naciones Unidas de 2006, y específicamente al apoyándose en el artículo 12 de dicha Convención, adaptando al máximo las sentencias a las especiales circunstancias de cada persona y con el máximo respeto a la dignidad de la persona. Vid. a modo de ejemplo, las siguientes: STS 28/2009, de 29 de abril (Roj: 2362/2009) (Id. Cendoj: 28079110012009100273) que también invoca el derecho civil comparado italiano, francés y alemán, al amparo de la aplicación de la indicada Convención, y en la que también constan diversos pronunciamientos del TC al hilo de la misma cuestión; La STS n.º 337/2014, de 30 de junio de 2014, sobre la interpretación de la normativa vigente a tenor de la convención de Nueva York de 2006, cambio de régimen de tutela a curatela..., en: <https://app.vlex.com/#vid/540033446> (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019); STS: 298/2017, de 16 de mayo de 2017 (Roj: STS 1901/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1901) (Id. Cendoj: 28079110012017100295).

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

así como la persona o personas que deben nombrarse como tutor o curador, pronunciándose igualmente el tribunal sobre la procedencia o no del internamiento del incapacitado. En el caso de la declaración de prodigalidad la sentencia deberá determinar los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle (art. 760 LEC).

Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil, si bien no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones (art. 218 CC), y dicha inscripción se practicará en virtud de la comunicación que la Autoridad judicial deberá remitir sin dilación al Encargado del Registro Civil (art. 219 CC).

Sin perjuicio de las consecuencias y efectos que conlleva la declaración de incapacitación, no implica que la misma haya de devenir necesariamente en permanente, ya que tal circunstancia no impide que en los supuestos en los que, se produzcan nuevas circunstancias de suficiente entidad, pueda promoverse un nuevo procedimiento en el que se solicite dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida, procedimiento que requerirá los mismos trámites que el inicial de incapacitación. Ahora bien, en los supuestos en que se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo (art. 761 LEC).

Una vez dictada la sentencia de incapacitación deberá ser inscrita en el Registro civil mediante anotación marginal a la de nacimiento (art. 755 LEC).

Según parte de la doctrina, si bien la ley opta aparentemente por una fórmula flexible, en realidad, cabe precisar que esa generalidad ciertamente encierra el exigible rigor, tal como señala Guete-Alonso y Calero⁵³, que defiende que no puede hablarse de causas de incapacitación sino tan sólo de una causa de incapacidad, cual es la falta o deficiencia de la capacidad natural que impide el autogobierno de la persona.

De conformidad con lo establecido en el artículo 215 CC «la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante la tutela, la curatela y el defensor judicial».

En primer lugar, de conformidad con el artículo 222 CC estarán sujetos a tutela: los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido; los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela; y los menores que se hallen en situación de desamparo.

⁵³ Vid. HUERTAS MARTÍN, I., en *El proceso de incapacitación*, cit., p. 84.

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

El nombramiento de tutor atenderá a una serie de criterios preferenciales, en función de los cuales para el nombramiento de tutor se preferirá (art. 234 CC): al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223 CC, es decir, al cónyuge que conviva con el tutelado; a los padres; a la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad o al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Con la tutela se protege el interés del menor o incapacitado, y de conformidad con ello, sólo excepcionalmente, podrá el Juez, y siempre en resolución motivada, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere alterar el orden establecido en el artículo 234, párrafo 1, o prescindir de todas las personas en él mencionadas. En defecto de los anteriores, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo (art. 235 CC).

Del articulado de nuestro CC resulta palmario que, consagra en su esencia, la existencia de los tres tradicionales tipos de tutela: testamentaria, dativa y legítima.

Por otra parte, nuestro Derecho civil actual, como clara muestra de la influencia que arrastra del Derecho romano, concibe la posibilidad de excusarse del cargo de tutor únicamente en los supuestos legalmente establecidos (art. 217 CC), no dejando de manera caprichosa y al albur de quien fuere nombrado tutor la decisión de abandonar sus obligaciones de forma unilateral y sin motivación aparente⁵⁴ (art. 521 y ss. CC).

En segundo lugar, la curatela se encuentra regulada en los artículos 286 y 287 CC. De conformidad con el artículo 286 CC se nombrará curador a los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley; los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, es decir, los emancipados y a los declarados pródigos.

Procederá también el nombramiento de curador para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento (art. 287 CC, según redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre), supuestos en los que se incluyen los pródigos, para los que el curador les prestará asistencia para aquellos actos que no puedan realizar por sí mismos (art. 288 CC). En este caso la curatela tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido (art. 289 CC), y cuando en la misma no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá

⁵⁴ SAURA MARTÍNEZ, L. F., *Incapacitacion y tuición*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 72.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial (art. 290 CC), es decir, para los supuestos recogidos en el artículo 271 CC⁵⁵.

A los curadores se les aplicarán las mismas normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores (art. 291 CC), sin que puedan ser nombrados curadores los quebrados y concursados no rehabilitados.

Aquellos actos realizados por el sometido a curatela sin la intervención del curador (art. 293 CC), podrán ser anulados, a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de conformidad con los artículos 301 y ss. CC, relativos a la nulidad de los contratos, y fija el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de nulidad.

La figura del defensor judicial se regula en los artículos 299 a 302 CC⁵⁶. Su nombramiento⁵⁷ se prevé para que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en determinados supuestos: cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador; en el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; y en todos los demás casos previstos en el Código Civil y les serán aplicables las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores (art. 301).

III.3 Mecanismos preventivos

Nuestro ordenamiento jurídico también prevé determinados mecanismos de carácter preventivo, de tal forma que para supuestos en los que una persona que, previendo una merma en su capacidad, así lo desee, pueda nombrar a quien será su tutor o curador. Esta posibilidad se inserta en nuestro ordenamiento civil a través de la institución de la «autotutela», es decir, cuando una persona va perdiendo su capacidad de obrar puede anticipar su voluntad en

⁵⁵ De conformidad con dicho precepto legal, según la redacción dada por la disposición final 18.^a de la LO 1/996, de 15 de enero, el tutor necesita autorización judicial, entre otros supuestos, para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial; para enajenar o gravar bienes inmuebles; para renunciar derechos; para aceptar o repudiar sin beneficio de inventario cualquier herencia, así como para las liberalidades; para realizar gastos extraordinarios en los bienes; para dar y tomar dinero a préstamo; para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, etc.

⁵⁶ La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce el artículo 299 bis., y da nueva redacción a los artículos 300 y el 302 CC.

⁵⁷ Actualmente su nombramiento se ha atribuido al Letrado de la Administración de Justicia (antes Secretario Judicial).

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

cuanto a quién debe ser designado como su guardador. Esta posibilidad se introduce en el Código Civil por 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. Esta ley recoge en su Exposición de Motivos una alusión expresa a la autotutela por cuanto la define como «la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas». Esta autotutela se regula introduciendo unos cambios mínimos en el Código Civil consistentes en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que consideren oportunas en previsión de su propia incapacitación. De esta suerte, el artículo 2 de la ley otorga una nueva redacción a los artículos 223 y 224 del CC, en particular, el párrafo segundo del artículo 223 dispone que «asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor». El artículo 234, párr. establece el orden de preferencia para el nombramiento de tutor, de tal forma que para el nombramiento de tutor se preferirá en primer lugar, al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. Igualmente, como determina la propia Ley 41/2003 en su exposición de motivos, como complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del artículo 1.732⁵⁸ del CC, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor.

El artículo 223 CC establece que los padres, salvo cuando hubiesen sido privados de la patria potestad (art. 226 CC) podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. En la medida en que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en

⁵⁸ Este artículo, que recoge las causas de extinción del mandato, dispone *in fine* que: «El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacitación del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor, no se trata este supuesto más que de la figura de la autotutela, recogida por gran parte de los ordenamientos jurídicos más cercanos. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

El juez al constituir la tutela quedará vinculado por dichas disposiciones, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, y en ese caso deberá motivar su decisión (art. 224 CC).

Aunque de los términos del artículo 223.2 CC se deduce que nuestro legislador se ha limitado a regular la autotutela positiva –esto es, la designación de la persona que debe ocupar el cargo de tutor– sin decir nada de la negativa o posibilidad de excluir a determinada persona de dicho cargo, nada impide reconocer esta posibilidad y aplicar por analogía la facultad que se reconoce a los padres en el artículo 245 CC de excluir expresamente de desempeñar el cargo de tutores a las personas que estimen conveniente.

Estos mecanismos preventivos ya venían contemplados en algunos de nuestros derechos forales, como ocurría en el caso de Cataluña que fue la primera normativa que reguló la autotutela mediante la Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de Tutela e Instituciones Tutelares (actualmente derogadas) si bien la regulación vigente se contiene en Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia («BOE» n.º 203, de 21 de agosto de 2010) (CCCat.), que entró en vigor el 1 de enero de 2010.

El artículo 222-2 del CCCat. regula un poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad⁵⁹, de tal forma que: a las personas mayores de edad que, por causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas, no es preciso poner en tutela si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura, en la que podrán ordenar el momento y alcance de producción de efectos del poder, fijar las medidas de control y causas de extinción del poder... En los casos que el poder produz-

⁵⁹ En esta previsión encontramos la adopción de la figura del «apoderado» del Derecho alemán, de la que nos ocuparemos más adelante.

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

ca efectos desde su otorgamiento, la pérdida sobrevenida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder.

El CCCat. en particular, entre las formas de delación de la tutela se alude a la efectuada en escritura pública (art. 222-3) establece que: La tutela se defiere por, entre otras formas, por escritura pública, y en relación con las delaciones hechas por uno mismo, se dispone que: en el supuesto de que sea declarada incapaz, toda persona con plena capacidad de obrar puede nombrar o excluir, en escritura pública, a una o más personas para que ejerzan los cargos tutelares, así como también puede hacer disposiciones respecto al funcionamiento y el contenido del régimen de protección que pueda ser adecuado, especialmente en cuanto al cuidado de su persona; el otorgamiento de un acto de delación tutelar posterior revoca el anterior en todo aquello que lo modifique o resulte incompatible y son ineficaces las delaciones hechas por uno mismo otorgadas desde que se insta el proceso sobre su capacidad o el ministerio fiscal inicia las diligencias preparatorias (art. 222-4).

También en otros derechos forales se contemplaban estas figuras preventivas, es el caso del Derecho civil foral gallego efectúa de las instituciones jurídico asistenciales y de guarda, y más concretamente, la regulación contenida en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia⁶⁰.

La legislación civil gallega, recogía la figura de la autotutela en su artículo 42 donde contempla la posibilidad que cualquier persona mayor de edad podrá designar en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, en previsión de una eventual incapacidad, para que ejerzan el cargo de tutor, así como los posibles sustitutos de los mismos y las personas que deseen excluir del cargo (art. 42). También contemplaba la posibilidad de fijar la retribución del futuro tutor y señalar las reglas generales de funcionamiento y contenido de la tutela prevista, en especial en lo que se refiere al cuidado de su persona, así como proponer medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar, además de las reglas para la administración de sus bienes.

Del mismo modo, en su artículo 43, se establecía que la persona interesada también podrá delegar en su cónyuge u otra persona la elección del futuro

⁶⁰ Sin embargo, los artículos 27 a 45 de dicha Ley, preceptos relativos a la adopción y la autotutela, han sido declarados inconstitucionales por la STC n.º 133/2017, de 16 de noviembre, por estimar que esta regulación invade competencias del Estado. Debe ponerse de relieve que la cuestión sometida a resolución no resulta en absoluto pacífica e incluso en dicha sentencia se contienen dos extensos votos particulares avalados por cuatro de los magistrados de la Sala cuestionan el fallo de la sentencia, entre otros motivos, que al relacionar esta sentencia con otras sentencias del mismo Tribunal, ante supuestos de hecho similar respecto Derecho civil aragonés declararon la constitucionalidad de los preceptos, así ponen de manifiesto la vigencia de preceptos en el mismo sentido en el Derecho civil catalán, consideran que esta sentencia va en contra de la propia doctrina del Tribunal Constitucional.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en escritura pública. Nos encontramos, pues, ante una figura que goza de similitudes con la autotutela, si bien podrá trasladarse la decisión de designar en un futuro a una tercera persona, para que sea ésta quien decida en quién debe recaer el cargo de tutor, se trataría de una especie de «autotutela delegada»⁶¹.

El artículo 45 del Código Civil gallego establecía el carácter vinculante de las disposiciones realizadas por el interesado a los efectos de designación de tutor, salvo cuando el interés del interesado lo requiera, en cuyo caso podrá apartarse de dicha designación mediante resolución motivada. De este precepto también se desprende la preferencia de los intereses y el bien del interesado por encima de otra serie de circunstancias, criterio que, por otra parte, tampoco se aparta de la línea de nuestro Código Civil.

La regulación del Derecho civil aragonés encuentra su principal exponente en Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona. Se admite la *autotutela*, es decir, que cualquier persona mayor de edad y capaz, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá en escritura pública designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes para cuando esté incapacitado, incluido un mandato a tercero que no se extinga por su incapacidad sobrevenida o su incapacitación (artículo 95). Conviene recordar que, de acuerdo con el artículo 757 de la Ley de enjuiciamiento civil, también podrá promover, en su momento, su propia incapacitación.

Los titulares de la autoridad familiar pueden designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y adoptar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de los menores o incapacitados que están bajo su autoridad, mediante testamento o escritura pública (artículo 96 Ley 13/2006). Se prevén reglas para cuando haya pluralidad de designados o disposiciones incompatibles, así como la vinculación del Juez, salvo circunstancias especiales, a las delaciones voluntarias. Solo en ausencia de éstas procede la designación judicial de las personas del elenco ordenado del artículo 102.

Debe ponerse de relieve que en todos estos supuestos aún resulta necesaria la previa declaración de modificación de la capacidad para que pueda entrar en juego el nombramiento de una figura de carácter asistencial o de guarda.

⁶¹ Esta figura se rescata en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que actualmente se encuentra en trámite.

III.4 Revisión del actual procedimiento de incapacidad

La normativa española en materia de incapacidad está siendo objeto de revisión con la puesta en marcha del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad⁶², que viene destinado a adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los derechos con las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y que entró en vigor en mayo de 2018 («BOE» n.º 96, de 21 de abril de 2008)⁶³.

Este tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la Convención es 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, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

Con la manifestación de este objetivo, la convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados Partes que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

⁶² Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018) Documenta, pp. 247-310; <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto> (última consulta realizada el 24 de junio de 2019).

⁶³ El Consejo Económico y Social de España, en sesión ordinaria del Pleno el 24 de octubre de 2018, en dictamen 5 2018, concluyó que el Anteproyecto de Ley supone, en términos generales, una iniciativa favorable de adaptación a los principios y las obligaciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en: <http://www.ces.es/documents/10180/5598063/Dic052018.pdf> (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019).

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

La reforma del ordenamiento jurídico español que es consecuencia de la ratificación por España de dicho Tratado, se inició con la Ley 26/2011, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno. La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social («BOE» n.º 289, de 3 de diciembre de 2013), a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley ⁶⁴.

Tal como pone de manifiesto Cuenca Gómez el artículo 12 de la Convención de la ONU supone una revolución en la regulación tradicional de la capacidad jurídica que el Consejo de Europa ⁶⁵ debe impulsar para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos fundamentales en igual-

⁶⁴ Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018) Documenta, pp. 247-310 (última consulta realizada el 24 de junio de 2019).

⁶⁵ A nivel europeo también podemos encontrar con carácter previo a la Convención de Nueva York, la Recomendación n.º R (99) 4, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores discapacitados (Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999, en la 660 reunión de Delgados de los Ministros), que recomienda a los Estados miembros la adopción en sus respectivas legislaciones de las medidas correspondientes tendentes a: el máximo respeto a los derechos humanos y a la dignidad de cada persona (Principio director I); el principio de máxima preservación de la capacidad (Principio 3), reconociendo, en la medida de lo posible, el reconocimiento de varios grados de incapacidad y que la incapacidad puede variar con el tiempo, que una medida de protección no debería conllevar automáticamente la privación de una persona del derecho al voto, se establece la conveniencia de arbitrar mecanismos jurídicos que, incluso cuando fuera necesaria una representación en un campo particular, permitan al incapacitado, con el acuerdo de su representante, cumplir actos específicos o actos en un ámbito específico y cada vez que sea posible, el mayor debería tener la posibilidad de realizar actos de la vida cotidiana de manera jurídicamente efectiva; por otra parte, se instaura el principio de preeminencia de los intereses y del bienestar de la persona interesada (Principio 8); así como el respeto a los deseos y de los sentimientos de la persona interesada y se tomen en consideración la elección de un adulto con respecto a la persona que quiera que le represente (Principio 9); al tiempo que también se promueve un control adecuado de la puesta en práctica de las medidas de protección (Principio 16). En: URI: <http://sid.usal.es/10470/3-3-5> (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019); así como la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2003) 16 final, de 24 de enero de 2003, «Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad» en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0650:FIN:ES:PDF> (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019); y en el año 2010, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2010) 636 final, de 15.11.2010, «Estrategia Europea sobre Discapacidad 210-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barre-

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

dad de condiciones con los demás⁶⁶. Cuenca Gómez destaca que con la Convención de Naciones Unidas la discapacidad debe abordarse no desde un mero punto de vista asistencial sino desde el punto de vista de los derechos humanos, lo que implica la superación definitiva del denominado modelo médico y se asume el tratamiento de la discapacidad como modelo social, siendo ésta la visión que inspira el texto de la Convención de la ONU (CDPD) en su conjunto, que en su Preámbulo define la discapacidad como «concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás», en su artículo 1 establece que «las personas con discapacidad incluyen a aquéllas 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» Lo que implica que configura la discapacidad como un concepto dinámico y sujeto a cambios.

En el mentado artículo 12 se prima la autonomía de las personas con discapacidad y se centra en la eliminación los obstáculos del entorno que les impiden adoptar sus propias elecciones y en la adaptación de las condiciones de ejercicio de la capacidad jurídica a su situación y sus necesidades.

En nuestro ordenamiento jurídico, tal como establece la Exposición de Motivos del mencionado Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

Preconiza dicho Anteproyecto que nuestra legislación se inspira, al igual que exige el artículo 10 de la Constitución Española, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, para lo que tiene en cuenta tal como ha puesto de

ras» en: https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia_europea_discapacidad_2010_2020.pdf (última consulta efectuada el 24 de junio de 2019).

⁶⁶ CUENCA GÓMEZ, P., Revisando el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Consejo de Europa desde la Convención de la ONU, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales* ISSN 1699-1524, núm. 20/2.º Semestre 2012, pp. 213-246, pp. 216-217.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

relieve la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos.

La reforma iniciada supone una modificación sustancial del Código civil, supone el abandono de instituciones asistenciales y de guarda por otro sistema de apoyos, que se considera más acorde con el respeto a la dignidad humana y a la Convención de Nueva York de 2006, se otorga preeminencia a la voluntad de la persona por encima del «interés de la persona con discapacidad».

Algunas de las principales novedades que podemos resaltar de este Anteproyecto de Ley son las que a continuación se relacionan:

1. Se abandona la denominación de la incapacitación por la de «De la tutela y de la guarda de los menores», el Capítulo I que lleva por título «De la tutela», contiene una serie de Disposiciones Generales (arts. 199 a 210 CC, Sección 1.^a) que se ocupan de establecer quiénes están sujetos a tutela, las funciones tutelares, forma de designación, etc.

2. La figura del tutor la reserva para los menores de edad.

3. Regula como instituciones de apoyo (art. 249) (al igual que ocurre con el Derecho alemán, francés e italiano), las siguientes:

- El guardador de hecho: persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente (art. 249, párr. 2).

- El curador: 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 (art. 249, párr. 3). No asumirá con carácter general la representación del discapaz (art. 267).

- El defensor judicial: procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente (art. 249, párr. 4).

4. En el Capítulo II (arts. 254 a 260) regula los poderes preventivos y mandatos preventivos.

5. Dota de mayor protagonismo la figura de la guarda de hecho a la que destina el Capítulo II (arts. 261 a 265).

6. Se establece un plazo de revisión periódico de las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años (art. 266)⁶⁷.

⁶⁷ Previsión de temporalidad que, en cierta medida, ya preveían otros derechos, como el italiano y el francés.

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

7. Destina el Capítulo IV a la curatela y que consta de cuatro Secciones, la 1.^a (arts. 266 a 268 a 292).

8. Regula de forma expresa la autocuratela, tanto la positiva como la negativa, y tanto con carácter individual como colectivo (arts. 269 a 279), para cuya constitución expresamente se exige la formalización en escritura pública (art. 269)⁶⁸.

9. Se introduce la autocuratela delegada (art. 272), de manera 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.

10. Este Anteproyecto recupera la figura de la prodigalidad en el articulado del CC, definiendo la prodigalidad y estableciendo el sistema de asistencia aplicable a dicho supuestos, regulación contenida en artículo 298.

En definitiva, el espíritu de este Anteproyecto de Ley abandona el criterio médico seguido hasta la actualidad para los supuestos de incapacidad y apuesta por un sistema de medidas de apoyo en el marco de los derechos humanos y dentro del respeto a la Convención de Nueva York.

Por otra parte, el Consejo de Europa ha preconizado que no puede privarse a nadie del derecho al voto a las personas por la simple condición de ser discapacitadas, incluso después de una evaluación hecha por un juez sobre la capacidad cognitiva o el estado de salud mental de la persona, normativa que ya se está aplicando por los tribunales españoles en el dictado de las resoluciones de modificación judicial de la capacidad. De hecho se preconiza la elaboración de las sentencias como «un traje a medida» del presunto incapaz.

IV. LA REGULACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

A continuación vamos a mencionar, aunque de forma somera, la regulación que algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno más cercano, Alemania, Francia e Italia, efectúan respecto a ciertos aspectos de la incapacidad si bien nos fijaremos únicamente en aquellos aspectos que la regulación difiere de la de nuestro país. Por lo que, se concretará especialmente las figuras del «asistente» del Derecho alemán, la *sauvegarde de justice* de Derecho francés y la *amministrazione di sostegno* del Derecho italiano, figuras todas ellas que son anteriores a la Convención de Nueva York de 2006, por lo

⁶⁸ Adviértase que la normativa vigente para la autotutela en nuestro Derecho común únicamente menciona la necesidad de documento público, pero no concreta que se efectúe en escritura pública, a diferencia de lo que sí precisaban algunos derechos forales).

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

que supusieron un hito importante en el momento de su regulación, llegando a derogar la incapacidad (Alemania), que es el espíritu que preconiza la mencionada Convención, aunque en alguno de ellos siguen dando preeminencia al criterio médico (Francia).

IV.1 El Derecho Alemán

Uno de los países de nuestro entorno pionero⁶⁹ en el intento de adecuación de las instituciones asistenciales y de guarda en general ha sido Alemania. Las reformas⁷⁰ que se han ido sucediendo desde el año 1990 representan una quiebra de los modelos clásicos de tutela y curatela por cuanto éstas, para el caso de los mayores de edad⁷¹ se sustituyeron por un sistema de guarda legal único: la *Betreuung* o asistencia⁷², ello significa que ha sido sustituida la figura de la incapacitación por una institución única de protección de la persona de avanzada edad y de aquella que necesita asistencia por sufrir cualquier tipo de discapacidad por pequeña que sea. En sentido general, el objetivo de esta modificación fue llegar al máximo respeto del ámbito de libre determinación del asistido, de forma que la designación de un *Betreuer*⁷³ –asistente– no interfe-

⁶⁹ Con anterioridad, e introducida en el Código civil francés en el año 1968, la denominada «*sauvegarde de justice*». De relativa novedad, la «*amministrazione di sostegno*» que trae causa de la modificación del Código civil italiano operada por Ley 6/2004, de 6 de enero.

⁷⁰ *Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz-BtG)*. Esto es, Ley para la reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad –ley de asistencia– de 12 de septiembre de 1990, su entrada en vigor tuvo lugar en 1 de enero de 1992. *Bundesgesetzblatt, teil 1990*, pp. 2000 y ss.; *Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsänderungsgesetz-BtÄndG)*. (Ley para la modificación del derecho de asistencia así como otras disposiciones) de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999. *Bundesgesetzblatt, teil 1 1998* pp. 1580 y ss.

⁷¹ Para los menores rigen otras disposiciones del *Bürgerliches Gesetzbuch* –en adelante BGB– y los tribunales competentes son los tribunales de familia de los *Amtsgerichte* –en adelante, AG–.

⁷² Elegimos la traducción propuesta por GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», en *Actualidad Civil* n.º 21 (24 al 30 de mayo 1999), pp. 553-581, p. 557, n. 19.

⁷³ Pueden ser asistentes: a) Una persona física que lo hace por pura solidaridad y sin una retribución especial –normalmente los parientes–. Este es el tipo preferente para la designación de asistente siempre que haya persona apropiada para desempeñar el cargo –§1897.1 y 6 y §1908b del BGB–. En este caso no hay derecho a remuneración –el §1908i del BGB remite a la tutela de los menores que se recoge en el §1836 del BGB pero sí se tiene derecho a ser indemnizado o a solicitar un anticipo por los gastos que conlleva el cargo, en este caso, si no hay medios económicos, los gastos los debe satisfacer el *Land* correspondiente. b) Una persona física que se dedica a esa actividad de modo profesional, en este supuesto se tiene derecho a una remuneración que, en la mayoría de los casos paga el asistido y, de forma subsidiaria, el *Land* –§1836 del BGB–. c) Un empleado o trabajador de una asociación dedicada a esas actividades y que ha sido legalmente reconocida como tal. d) Un funcionario o contratado de la entidad pública competente en esta materia. f) La propia asociación en tanto persona jurídica siempre que esté reconocida conforme al § 1908f del BGB. Esta asociación no tiene remuneración y los gastos únicamente pueden ser

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

ra directamente en la capacidad de libre actuación del asistido puesto que éste no ha sido declarado incapaz judicialmente.

Los párrafos del BGB modificados por la *Betreuungsgesetz* –en adelante BtG– en relación con la derogación de la tutela y la curatela de los mayores de edad fueron desde el § 1896 al § 1908k del BGB. Las consecuencias inmediatas de esta modificación se resumen en los siguientes puntos:

- Desde el punto de vista procesal se deroga la incapacitación⁷⁴, dado que se permite el nombramiento de asistente sin necesidad de una incapacitación judicial previa.
- El procedimiento se regula ahora en la jurisdicción voluntaria y es competente el tribunal de tuteladas⁷⁵ que se integra en los diferentes juzgados de primera instancia –*Amtsgerichte*–.
- Se da más importancia a cuestiones de carácter personal que a las estrictamente patrimoniales y se regula con detenimiento el nombramiento y actividades del asistente.

El § 1896.2 del BGB otorga carácter subsidiario a la asistencia por cuanto ésta será necesaria exclusivamente para aquellos asuntos que el discapacitado no pueda resolver por sí mismo y siempre y cuando no tenga apoderado jurídico. En concreto la novedad de la *BtÄndG* de 1998 radica en que se puede nombrar a un apoderado que hará innecesaria la constitución de la *Betreuung*, la reforma considera deseable que las personas de cierta edad otorguen un poder para el caso de que sobrevenga una incapacidad negocial como consecuencia de la avanzada edad (§1896.2 del BGB, § 672 del BGB)⁷⁶.

Sin duda, la especial novedad del derecho alemán radica en que el nombramiento de un *Betreuer* no implica la necesaria incapacitación de la persona. En particular, el cambio fundamental en este sentido lo hallamos en el §1896.1

satisfechos por el asistido. g). La entidad pública competente que sí tiene derecho a ciertos gastos en la medida que puedan ser satisfechos con el patrimonio del asistido y tiene derecho a remuneración en casos especiales en atención a la complejidad de los asuntos del asistido –§1908h del BGB–. Es más, estas entidades deben aconsejar y apoyar a las demás clases de asistentes.

⁷⁴ Hasta la entrada en vigor de la BtG de 1992, la demanda de asistencia significaba automáticamente la incapacitación jurídica.

⁷⁵ En efecto, el proceso no se regula en la Ley de procedimiento civil sino en la «Ley sobre asuntos de jurisdicción voluntaria –*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*», en adelante, FGG–.

⁷⁶ Sin embargo, siguiendo a GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «La nueva legislación alemana sobre la tutela o la asistencia», *cit.* p. 557, el no exigir forma especial para el otorgamiento de este poder –simplemente se recomienda su escritura pública– puede llegar a ocasionar ciertos abusos de los apoderados para con sus poderdantes, para evitar esto, se ha previsto el nombramiento de un asistente que controle al apoderado.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

del BGB cuando enumera las causas que dan lugar a asistencia, en él se dispone que cuando un mayor de edad⁷⁷ no pueda cuidar de sus asuntos total o parcialmente a causa de una enfermedad psíquica o de una deficiencia corporal, mental o del espíritu, el Tribunal de Tutelas le nombrará un asistente a instancia suya o de oficio.

Los incapaces de obrar, según el § 104 del BGB son los menores de siete años y quien se encuentra en un estado de perturbación enfermiza de la actividad mental, excluyente de la libre determinación de la voluntad, en tanto este estado no sea transitorio conforme a su naturaleza. De esta suerte, y a tenor del § 105 del BGB, son nulos los actos y declaraciones de voluntad realizadas por un incapaz.

En resumen, en el derecho alemán, el nombramiento de un asistente no afecta en absoluto a la capacidad de libre actuación del asistido. La incapacidad de obrar de un mayor de edad en Derecho alemán sólo se produce cuando se da el caso del §104.2: «quien se encuentra en un estado de perturbación enfermiza de la actividad mental, excluyente de la libre determinación de la voluntad, en tanto este estado no sea transitorio conforme a su naturaleza». De esta forma, exista asistente o no, los actos realizados en este estado son insubsanables, son nulos de pleno derecho.

La idea de otorgar máximo respeto a la autonomía privada es la que fundamenta la derogación de la necesidad de incapacitación judicial para el nombramiento de un guardador, de un asistente –*Betreuer*– en el Derecho civil alemán.

El derecho alemán posibilita también que sea el asistido el que inste el nombramiento de un asistente, es más, a tenor del §1896.1.3 del BGB, en el supuesto de que la deficiencia sea física –y siempre y cuando el discapacitado sea mayor de edad– el nombramiento del *Betreuer* debe de realizarse a petición del propio interesado. Por tanto, entre los criterios del tribunal para el nombramiento se tendrá muy en cuenta la propuesta del que va a ser asistido, siempre y cuando no contradiga su bienestar, al igual que debe respetarse el rechazo de determinada persona –§ 1897.4 del BGB–. Únicamente si no hubiere propuesta del afectado en relación con el nombramiento del *Betreuer*, el tribunal tendrá libertad plena para realizar el nombramiento. Para dicho

⁷⁷ Aunque, en principio, la asistencia es sólo para los mayores de edad, el § 1908a dispone que pueden tomarse las medidas de los §§ 1896 y 1903 sobre un menor de edad que haya cumplido los 17 años cuando es de suponer que el nombramiento de un asistente será necesario al llegar a la mayoría de edad aunque dichas medidas sólo producirán efecto con la llegada de la mayoría de edad.

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

nombramiento, deberá tener en cuenta las relaciones familiares del asistido u otras de naturaleza cuasifamiliar⁷⁸.

En el caso alemán debemos tener presente en todo caso que el asistido tiene capacidad de obrar —es decir, un sujeto que no cumple los requisitos del § 104⁷⁹ del BGB—, por tanto, el resultado del nombramiento del asistente para el mayor discapacitado es que existen dos personas distintas, asistente y asistido, que, en principio, son competentes para disponer de un mismo patrimonio —siempre teniendo en cuenta las actividades que puede realizar el asistente que vendrán determinadas por el tribunal de tutelas—.

IV.2 El Derecho civil francés

El Código Civil francés (*Code*), no podemos olvidar que sirve de inspiración no sólo al Código Civil español, sino de otros ordenamientos jurídicos europeos, los cuales reproducen gran parte de su articulado. El *Code* ha sido objeto de numerosas e importantes reformas de los Títulos X y XI de su Libro I, modificando el tratamiento de los derechos de la persona y la familia en Francia. Se ha cambiado el tratamiento que en un principio se realizaba de la incapacitación y de la tutela.

No obstante las distintas reformas de que ha sido objeto el Código Napoleónico, se mantiene la figura de la “*sauvegarde de justice*”, introducida por la Ley de 3 de enero de 1968 (otra de las modificaciones del *Code*), que supuso una reorganización de la tutela, la curatela y del régimen de la incapacitación.

La institución de la *sauvegarde de justice*, ofrece como novedad un mecanismo de protección de las personas disminuidas que lo necesitan y que precisan de ayuda en el ejercicio de sus derechos. Esta figura no implica la alteración de su capacidad, pero sí puede preceder a una medida más grave, en cuyo caso reviste un carácter provisional y de urgencia. Tras la reforma introducida por la Ley 2007-308, de 5 de marzo, la *sauvegarde de justice* se encuentra regulada en el Libro I, Título XI, Sección 3.^a (arts. 433-439). Con esta institución se concibe que el juez puede colocar bajo la protección de la justicia quien tuviere las facultades mentales alteradas por una enfermedad, una dolencia o un debilitamiento debido a la edad, o tuviere alteradas sus faculta-

⁷⁸ Si el asistido está internado o vive en una residencia para mayores, no puede nombrar como asistente a quien se encuentre en una relación de dependencia con la clara finalidad de evitar abusos.

⁷⁹ Los menores de siete años y quien se encuentra en un estado de perturbación enfermiza de la actividad mental, excluyente de la libre determinación de la voluntad, en tanto este estado no sea transitorio conforme a su naturaleza.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

des corporales y que requieran bien una protección legal temporal, o bien estar representados en el ejercicio de ciertos actos. Se establece que la alteración de las facultades mentales o corporales debe establecerse médicamente. Una de las peculiaridades que ofrece esta institución (art. 435 *Code*) consiste en que la persona colocada bajo la protección de la Justicia mantiene el ejercicio de sus derechos, sin embargo, se contempla la posibilidad de instarse en el plazo de cinco años, según contempla el artículo 1304, por el propio interesado o por sus herederos, la nulidad de sus actos cuando les resultaren lesivos o reducirse en caso de exceso para los mismos supuestos en que los mismos pudieren ser anulables, en cuyo caso los tribunales tendrán en cuenta la fortuna de la persona protegida o la mala fe de quien contratara con ellos, así como la utilidad o no de la operación realizada.

Uno de los principales puntos positivos de esta reforma lo constituye su flexibilidad y adaptabilidad a cada supuesto concreto.

En esta institución gozan de gran relevancia los informes de médicos especialistas, precisamente en estos se va a apoyar el juez para adoptar sus decisiones de protección, de forma tal que constituyen instrumentos que van a facilitar la adopción de medidas del juez, dotándolas así de un gran pragmatismo. Este quizá excesivo protagonismo que se otorga al médico en tales decisiones no ha quedado exento de crítica.

Cuando una persona deba estar representada de forma continua en los actos de la vida civil, pueden ser objeto de tutela, imponiéndose el nombramiento de tutor para aquellos casos en los que la figura de la *sauvegarde de justice* no pueda garantizar una protección suficiente.

Una peculiaridad de este sistema consiste en que establece el límite temporal de cinco años para la duración de la medida de protección (art. 441), pudiendo el juez prorrogarla por otro período de la misma duración, mediante decisión especial y motivada y previo dictamen favorable del médico (art. 442). Igualmente, se contempla la posibilidad que el juez pueda modificar o sustituir dicha medida por cualquier otra de las asistenciales, tras solicitar el dictamen de la persona responsable de la medida de protección (art. 442). La medida finalizará simplemente cuando llegado el vencimiento del plazo no se produzca su prórroga (art. 443).

A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, con la *sauvegarde de justice*, tiene un carácter eminentemente temporal (según el art. 439, la medida de salvaguarda de justicia, bajo pena de caducidad, no podrá superar el año de duración, y será renovable una única vez en las condiciones establecidas en el párrafo cuarto del artículo 442) y no requiere la previa incapacitación ya que a quien se halla bajo dicha protección no se le priva de

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

capacidad, que se le reconoce (art. 435), de hecho, mantiene el ejercicio de sus derechos. Ahora bien, los actos que no podrá realizar, bajo pena de nulidad, serán aquellos previamente establecidos por un juez y siempre previo dictamen médico pericial. Se estará pues, a cada supuesto concreto, mientras que, en nuestro ordenamiento jurídico, siempre se requiere la previa incapacitación judicial.

Así pues, en el derecho francés, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, parece que deberá dilucidarse en cada caso concreto si quien realizó un acto concreto cuya validez se discute, estaba en plenas facultades mentales para su realización o no, aún cuando ya tuviere nombrado tutor o curador, sometiéndose la impugnación de dicho acto al plazo de cinco años.

IV.3 El derecho civil italiano

El Código Civil Italiano, aprobado por RD de 16 de marzo de 1942, realiza una extensa regulación de la figura tutelar del menor de edad. La regulación de las enfermedades mentales, la incapacitación y la denominada *inabilitazione* (título XII «*dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione*») aparece en sus artículos 414 y ss.

En el Código civil italiano, regula dos mecanismos para declarar la incapacitación: La *interdizione*, que lleva consigo nombramiento de tutor, que es el legal representante del incapacitado, implica una incapacidad de obrar absoluta del sometido a ella y para su declaración es necesario que concurra en la persona sometida a este procedimiento enfermedad mental, grave y habitual, que impida a la persona cuidar de sus intereses (semejante a nuestro autogobierno, del art. 200 CC español); y la *inabilitazione*, que lleva consigo el nombramiento de la figura del curador, no implica una incapacidad absoluta, ni requiere una enfermedad mental grave, sino menos grave o de menor entidad (sería el supuesto, por ejemplo, de los pródigos). La peculiaridad de este mecanismo es que, si bien los «inhabilitados» necesitan la asistencia del curador para los actos de extraordinaria administración, pueden realizar por sí mismos actos de administración ordinaria.

El Código civil italiano fue profundamente reformado por la Ley 6 de 9 de enero de 2004, mediante la que el Parlamento italiano se ocupó de introducir importantes modificaciones relativas al establecimiento de la protección civil de los enfermos mentales, creando una institución denominada *amministrazione di sostegno* (administración de apoyo), que tiene el propósito de proteger, con la mínima limitación posible la capacidad de actuar, de los que no

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tienen la totalidad o parte de la autonomía en el desempeño de las funciones de la vida cotidiana, a través de medidas de apoyo temporal o permanente (art. 1). Para ellos se contempla la posibilidad de poder ser asistido por un administrador de apoyo, designado por el tribunal del lugar donde tiene su residencia o domicilio (art. 404).

El nombramiento del «administrador de apoyo», figura introducida por la reforma operada por la Ley 6 de 9 de enero de 2004, se efectuará exclusivamente para la atención y en interés del beneficiario. Se permite que el administrador sea designado por el mismo solicitante, en previsión de su incapacidad posible en un futuro, designación que podrá efectuarse mediante escritura pública o privada certificada. También puede el tribunal cuando existan motivos graves que así lo requieran, proteger mediante resolución que designe a un administrador de apoyo por distintas razones. Podrán ser objeto de esta protección el cónyuge que no está separado legalmente, la persona que vive permanentemente con el padre, madre, hijo o hermano o hermana, o pariente dentro del cuarto grado de la persona designada por padre sobreviviente con una voluntad, escritura u otro instrumento certificado (art 408).

De primordial importancia resulta tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 409, el beneficiario conserva la capacidad para realizar todos los actos que no requieren representación exclusiva o la asistencia necesaria para apoyar el administrador, podrá adoptar las medidas necesarias para satisfacer las necesidades de su vida cotidiana también con el apoyo del administrador.

Según establece el artículo 410, el administrador de apoyo, debe tener en cuenta en el desempeño de sus funciones las necesidades y aspiraciones de los beneficiarios. El administrador de apoyo debe informar sin demora a los beneficiarios acerca de las acciones a realizar, función que realizará el juez de tutela en caso de desacuerdo del administrador con el beneficiario. En caso de conflicto, o cuando se realicen actos dolosos o de negligencia en la defensa de los intereses o las necesidades o solicitudes de los beneficiarios, este último, el fiscal u otra persona a que se refiere en el artículo 406 pueden solicitar ante los tribunales la adopción de medidas apropiadas para proteger los intereses del beneficiario, petición que será resuelta mediante Decreto motivado.

Otra nota fundamental que caracteriza la *amministrazione di sostegno*, igual ocurre con la *sauvegarde de justice* francesa, es su configuración como institución de carácter temporal, salvo determinados supuestos. Así se desprende del artículo 413 en el que se contempla que el administrador mediante solicitud motivada dirigida a la Corte ponga de manifiesto que ya no resulta necesaria la ayuda para el beneficiario, al considerar que se han determinado

CIERTOS ASPECTOS DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO ROMANO, DERECHO... ■

las condiciones para el cese de apoyo a la administración, o para sustituir al administrador. También se intuye del contenido del artículo 410 al establecer que el administrador de la ayuda no necesita continuar en el desempeño de sus tareas más de diez años, salvo que se trate del cónyuge o persona que convive con el beneficiario de forma permanente, así como los familiares, por orden ascendente o descendente.

V. CONCLUSIONES

1. El Derecho Romano, fuente innata de nuestro actual ordenamiento, ya configuraba para los incapaces un sistema en el sistema de figuras de guarda, básicamente la tutela y curatela, que diferencia entre determinados supuestos en los que la figura de guarda actúa de forma automática, en el caso de los locos o enfermos mentales y entre aquellos supuestos en los que era necesario un procedimiento de declaración de incapacidad, era el contemplado para los supuestos de prodigalidad, que constituiría el precedente más remoto de nuestro actual procedimiento de modificación judicial de la capacidad previo al nombramiento de una figura de guarda.

2. Sin embargo, el devenir de los tiempos, la evolución de las sociedades desarrolladas, las mejores expectativas de vida y la implantación de la normativa internacional han potenciado el nacimiento de nuevas figuras de carácter preventivo, como la autotutela, que se han introducido en el ordenamiento jurídico español, que cada día gozan de mayor protagonismo. Este mecanismo contempla la posibilidad que una persona en previsión de ser declarada en un futuro con la capacidad judicialmente establezca quién o quiénes desea que pueda/n ser designado tutor o curador, o incluso quién o quiénes no, así como determinadas previsiones en relación a la gestión del cargo tutelar en un futuro, etc.

Las previsiones establecidas a través de la autotutela necesitan de una declaración de modificación judicial de incapacidad para desplegar sus efectos, pero no contempla la figura que pueda asistir al discapaz no incapacitado.

3. Ciertos países de nuestro entorno más cercano, como Francia, Italia y Alemania han sido pioneros en la configuración de un sistema de asistencia basado en el máximo respeto a la autonomía de la voluntad del sometido a asistencia regulando figuras que no implican la pérdida de capacidad del sometido a estas figuras (*sauvegarde de justice* –Francia–; *amministrazione di sostegno* –Italia– y *Betreuung* –Alemania–), a diferencia del sistema español.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

4. Las normativas internacionales, como la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y obligan a los Estados miembros a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y en el marco de los derechos humanos.

5. Se impone el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente, basado en el criterio médico para declarar supuestos de incapacidad y en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro en el que preconiza el desarrollo de una mayor autonomía de la voluntad, basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien, con carácter general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

6. España, para adaptar su normativa a la Convención de Nueva York se encuentra tramitando el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que abandona el procedimiento de incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y que por ello, no puede modificarse.

7. La nueva regulación trata de atender no sólo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria, como el domicilio, su salud, sus comunicaciones, etc.

8. Configura como figuras de asistencia el guardador de hecho, la curatela y el defensor judicial, mientras que la figura de la tutela la reserva únicamente para los menores de edad.

9. Introduce el novedoso término de la autocuratela, y regula expresamente tanto la autocuratela positiva como negativa, que podrá ser individual o colectiva.

10. El mentado Anteproyecto, en su redacción actual, implica un cambio revolucionario con respecto al sistema vigente en nuestro ordenamiento y supone una ruptura con el sistema actual, si bien deberemos ir fijándonos en el devenir que su articulado vaya sufriendo y finalmente, en el caso de aprobarse, cuál es su redacción final.