

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002) ¹

M.ª LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS

Profesora Ayudante. Doctora

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *Proemio:* 1. Introducción. 2. Diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. 3. Delimitación del tema.—II. *El pasado:* 1. Orígenes de la enfermedad mental. 2. Aportación de la cultura griega. 3. La protección del *furiosus* en las diferentes etapas de desarrollo del Derecho Romano. 3.1 Tutela y patria potestad. 3.2 Tutela y curatela. 3.3 Origen de la *cura furiosus*. 3.4 Evolución de la institución. 3.5 Examen de algunas fuentes. 3.6 Una cuestión terminológica. 3.7 La persona y los bienes del *furiosus*. 3.8 Constitución de la *cura*. 3.9 Extinción. 4. Conclusiones.—III. *La recepción:* 1. El Derecho Romano en los territorios peninsulares. 2. Del Derecho Romano a Las

¹ Los métodos empleados a la hora de realizar este trabajo, son los denominados por los romanistas *Dogmengeschichte*, e histórico-crítico. El primero consiste en el estudio de una institución desde sus orígenes romanos hasta su regulación actual. Este criterio metodológico trata de poner de manifiesto la aportación del Derecho Romano a los modernos ordenamientos civilísticos continentales. En concreto, tal y como se refleja en el título, al ordenamiento español. El segundo se basa en el análisis histórico-crítico de sus fuentes, para lo cual es necesario descubrir las modificaciones o correcciones formales o de fondo, introducidas en los textos originales de los juristas y las constituciones imperiales, en las diferentes épocas de desarrollo del Derecho Romano (Glosemas para las alteraciones experimentadas en la postclásica; Interpolaciones, para las sufridas a manos de los compiladores justinianeos). Sobre estos temas, de manera general, puede consultarse, LOZANO CORBI, *Roma y su gran aportación al mundo: el Derecho Romano*, Mira Edit., 3.ª edic., Zaragoza, 1997, pp. 131-133 y 109-126, y por su especialidad, autores y obras mencionados en sus notas a pie de página.

Partidas. 3. La protección del discapacitado en Las Partidas. 4. La Codificación en España.—IV. *El presente*: 1. Delimitación del tema. 2. Las personas que no pueden gobernarse a sí mismas. 3. De la protección prevista en el CC. 4. Sistema mixto en relación con el sistema de tutela imperante en nuestro ordenamiento, o el viejo dilema entre tutela de familia-tutela de autoridad. 5. Críticas a la Ley de 1983 de reforma del CC en esta materia. 6. La STS de 20 de noviembre de 2002.—V. *Conclusiones finales*.

I. PROEMIO

1. Introducción

Los enfermos y la enfermedad mental, han despertado desde siempre reacciones muy contradictorias. Para poder ocuparse de este tipo tan peculiar de patología, la Medicina ha tenido que crear una disciplina que sea capaz de introducirse donde el resto de las ciencias no podía: en el *Alma humana*².

Con estas palabras que hago mías, quiero comenzar este trabajo dedicado a los discapacitados psíquicos, en este año 2003 que se nos acaba, declarado por el Consejo de la Unión Europea como año de las personas con discapacidad. El Consejo indicaba en la Exposición de Motivos «el Consejo y los representantes de los Gobiernos reafirman los derechos humanos básicos de las personas con discapacidad en lo relativo a la igualdad de acceso a las actividades sociales y económicas», y en el artículo 3 de la Decisión 2001/1903/CE se adoptó la medida de la realización de encuestas y estudios de ámbito comunitario, por lo que quizá pueda contribuir este artículo, a colaborar en dicho objetivo.

Siguiendo esta idea, me gustaría tratar de aquellos estados patológicos con repercusión en el ámbito jurídico. En especial, de los supuestos que de manera permanente impiden el autogobierno de la persona y de su patrimonio y dejando fuera, por tanto, la enfermedad física, por no ofrecer dudas la consideración de la capacidad de obrar de estas personas³. No pasa lo mismo con el enfermo psíquico, pues para complemento e incluso sustitución de su limitación en la capacidad de obrar, hay que idear y poner en marcha todo el entramado jurídico de dos mecanismos: la declaración de incapacidad y la tutela e instituciones afines.

² Estas palabras abren las páginas del tratado de *Psiquiatría y Derecho. Dos ciencias obligadas a entenderse (Manual de Psiquiatría forense)*, Edit. Cauce, Madrid, 1997, cuyos autores son J. CABRERA y J. C. FUERTES. En su primera versión de 1986, llevó el título de *Manual de Psiquiatría Forense*, y en la segunda, de 1994, *La enfermedad mental ante la ley*, que es a la que voy a referirme a partir de ahora (CABRERA-FUERTES).

³ La enfermedad física, sólo influye en casos determinados, como los supuestos del artículo 681.3 CC sobre la posibilidad de ser testigos en testamentos, cuando se necesita precisamente el sentido que falta, oído, visión, etc. Habiendo sido sustituida la sordomudez de nuestro CC. tras la reforma del 83, por «alteraciones en la percepción que alteran gravemente la conciencia de la realidad», desaparece como causa de incapacitación por lo que no la voy a citar.

2. Diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar

La primera distinción en relación con el Derecho Romano surge al establecer las diferencias entre lo que se puede llamar capacidad jurídica (personalidad) y capacidad de obrar, a sabiendas de que los romanos nunca emplearon esos términos⁴ sino que otorgaron lo que nosotros hoy llamamos capacidad jurídica a aquellas personas en las que confluía un triple *status*: *status libertatis*, *status civitatis*, *status familiae*. En Roma para ser sujeto de derechos era necesario ser persona, pero no era suficiente. Debía concurrir en esa persona un triple *status*. Es decir, sólo aquellas personas libres, ciudadanas romanas y *sui iuris*, poseían capacidad jurídica, existían para el derecho, de manera que si no poseían ese triple *status* no podían ostentar derecho alguno. Estaríamos hablando del *paterfamilias*. Sin embargo ese *sui iuris*, esto es el cabeza de familia⁵ en el sentido romano del término⁶ podía ser un menor de edad, incluso un recién nacido, por lo que habría que nombrarle un tutor hasta llegar a la edad en que se consideraba apto para actuar en el ámbito jurídico. Pero podía también serlo un *furiosus*, una persona mayor, privada de juicio, un discapacitado psíquico diríamos hoy, por lo que se haría necesario crear un mecanismo jurídico tendente a su protección. La suya (de su persona) y la de sus bienes⁷. Ocorre de manera bien distinta en nuestro Derecho, donde capacidad jurídica y personalidad vienen a ser una misma cosa. Personalidad jurídica se tiene desde el momento de nacer (si se cumplen los requisitos previstos en el art. CC.⁸). Se es

⁴ Más bien es la Escuela de los Comentaristas la que inventa esos términos.

⁵ Falta un nombre técnico para designar al sujeto de derecho en Roma, pero sí existe un titular de relaciones jurídicas, cuyo exponente es el jefe de familia el *paterfamilias*. En este sentido, PANERO, *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 205.

⁶ Esto es, el que ostentaba el poder absoluto sobre determinadas personas y bienes. Sobre *manus*, *potestas* y *dominica potestas*, véase GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana*. También GAYO, I, 55, *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustus nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est*. Según un texto del Ulpiano (D. 50.16.195.2) *et cum pater familias moritur quotoquoque capita capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere*, a la muerte del padre los hijos de familia pasan a ser padres y a tener sus propias familias. Puede consultarse IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e instituciones*, 10.ª edic., Ariel, Barcelona, 1990, pp. 500 a 501, y toda la bibliografía referida en notas 10 a 14 a pie. También SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*, Traducc. M. Abellán, Civitas, Madrid, 1990, para el significado de las palabras, y ausencia de definiciones, pp. 66 ss. Es definitiva la remisión al título 16 del libro 50 del Digesto *De verborum significatione* (sobre todo, D. 50.16.195 y 215).

⁷ También podía darse el supuesto de personas que sin tener capacidad jurídica (personalidad, diríamos hoy) tenían capacidad de obrar. Sería el caso de los esclavos o de los hijos de familia. Todos sus actos revertirían en el *paterfamilias*. Debido a la peculiaridad de la familia romana como puede verse, los romanos no necesitaron de la representación directa o inmediata tal y como hoy la entendemos. En este sentido, ALVAREZ SUÁREZ, *Instituciones de Derecho Romano, I. Introducción histórica. Conceptos fundamentales. Hechos y negocios jurídicos*, Madrid, 1973.

⁸ Al respecto sobre capacidad jurídica y de obrar, y comienzo y fin de la personalidad, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, I Parte general*, vol. segundo, Personas, nueva edición revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 1 a 7 y 11 a 23.

⁹ Del latín *persono*, verbo compuesto a su vez de *per* (a través de) y *sonare* (emitir o producir algún sonido), de ahí – *persona-ae*, máscara de teatro que utilizaban los griegos en sus representaciones. Su desarrollo posterior, implica, la máscara misma, el personaje, el carácter determinado de alguien *Dictionnaire etymologique de la Langue Latine. His-*

persona⁹, luego se tiene personalidad¹⁰. Por tanto desde el principio, en virtud de su nacimiento (sin necesidad de un triple *status* o algo parecido), toda persona tiene capacidad jurídica. Es sujeto de derechos protegidos por la Constitución. Pero es que además, en nuestro ordenamiento, puede haber casos en que no todo sujeto de derecho sea hombre –ser humano– ya que pueden tener este carácter ciertas organizaciones, agrupaciones y ordenaciones de bienes¹¹. Un número determinado de personas, bien desde su nacimiento, o a lo largo de su vida ven limitada su capacidad de obrar debido a una incapacidad de tipo psíquico, deficiencia mental. Es sobre estas personas sobre las que se va a tratar a continuación: intentaré desarrollar cómo al igual que en el Derecho Romano, a través de la *cura furiosi*, se les dotaba de una protección, el ordenamiento actual también vela por estas personas desarrollando una serie de instituciones tendentes a dicho fin. De ahí que deba de precisar, que la curatela actual no se corresponde con el *curator romano*. El *curator furiosi* romano es más bien un tutor específico del ordenamiento actual.

3. Delimitación del tema

Dada la amplitud de este tema me voy a centrar en el examen de algunos aspectos relacionados con la discapacidad psíquica, en concreto voy a intentar delimitar sólo el concepto de *furiosus*, su protección en el Derecho Romano¹², y el instituto creado a propósito para ello, (la *cura furiosi*), dejando al margen otros muchos aspectos que nos llevarían casi a la realización de una monografía, dada su extensión y complejidad. La curatela del *furiosus* en Derecho Romano, bien podría ser, con matices, el precedente de la protección jurídica del incapacitado en el Derecho actual¹³.

El Derecho Romano es lacónico sobre la *cura furiosi*, ya que no existen muchos datos procedentes de las fuentes. Sin embargo, no parece descabellado acudir a la regulación sobre la tutela por su gran afinidad (cuestión que trataré en este lugar) y sobre la que sí se encuentran gran número de textos

toire des mots, ERNOUT et MEILLET, 4^{ème} edit., 2^{ème} tirage, CNRS, París, 1967. También en este sentido, VARRÓN, *De Lingua Latina*, 8, 20.

¹⁰ En este sentido O'CALLAGHAN, «La tutela. Actos personalísimos», en VV.AA., *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso regional*, Valencia, 2003, p. 155, «la capacidad jurídica la tiene todo ser humano desde el nacimiento hasta la muerte y es coincidente con el concepto de personalidad jurídica».

¹¹ Que por contraposición al hombre –persona física– se les suele llamar personas jurídicas.

¹² Debo dejar fuera de este trabajo el estudio de variadas cuestiones, en parte porque ya han sido realizadas por algunos autores, y en parte porque excedería de mi objetivo. Remito por ello al examen de todas ellas a diferentes obras y autores que iré mencionando a lo largo de esta exposición. En primer lugar a: Laura SANZ, *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico. La tutela romana*, Universidad San Pablo, CEU, Dykinson, Madrid 1998, en donde, de manera general y creo que con acierto, va comparando el Derecho Romano en sus diferentes fases, y el CC tras la reforma de 1983.

¹³ La autora, por otra parte, dedica gran cantidad de páginas a la tutela *impuberum* o del menor, pero también se refiere a la tutela *mulierum* con profusión de datos. La tutela de la mujer no existe en nuestro ordenamiento. Quizá un residuo histórico sería la exigencia de la autorización marital en determinados actos que llevaba a cabo la mujer hasta una época relativamente reciente como es 1975, Aurelia María ROMERO COLOMA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Serlipost, Barcelona, 1990.

antiguos. Por su parte el ordenamiento civil actual no varió mucho el tratamiento de esta materia hasta la Ley de reforma del CC de 1983.

II. EL PASADO

1. Orígenes de la enfermedad mental

El planteamiento teórico de la enfermedad mental ha evolucionado históricamente estando los primeros intentos para explicar la enfermedad mental basados en la influencia maligna que otros seres, humanos o sobrenaturales ejercían sobre el individuo. En los pueblos primitivos no se distinguía entre las enfermedades del espíritu y del cuerpo, de la misma manera que no había una distinción clara entre medicina, magia y religión. Los dioses y los poderes divinos serían los responsables directos de la enfermedad que no se consideraría como tal sino como una especie de castigo divino. La posesión se empleaba frecuentemente para explicar todo tipo de trastornos. Por ejemplo, para algunos pueblos la enfermedad mental sería la respuesta de las fuerzas sobrenaturales ante la violación de determinados tabúes, el olvido de ciertos rituales, o por una simple pérdida de buenas relaciones con las divinidades. Ante esa visión de la enfermedad, los remedios empleados¹⁴ fueron la práctica de rituales, el empleo de fórmulas mágicas, o la recitación de determinadas palabras, siempre las mismas¹⁵, y las prácticas sugestivas para conseguir la expulsión del espíritu dañino. También se utilizaron preparados vegetales y ciertas técnicas quirúrgicas como la trepanación. Puesto que en estas culturas primitivas destacaba el sentimiento unitario en relación con el ser humano, alma y cuerpo formarían un todo indivisible, la materia y el cuerpo se autoinfluirían creando estados a veces incomprensibles¹⁶, demenciales.

2. La aportación de la cultura griega

Puede decirse que con la llegada de la civilización griega nació la medicina científica y racional¹⁷ tal y como hoy la entendemos; sin embargo la creencia

¹⁴ Terapéuticas dicen CABRERA y FUERTES, en *Psiquiatría y Derecho*, p. 17.

¹⁵ Que impregnaron incluso el derecho. Hasta el punto como relata el mismo Gayo, *Instituciones* (G. 4, 11) que al hablar de los medios empleados para litigar en la época más antigua, antes de las XII Tablas, que si decías una palabra en vez de otra (cepas, en vez de árboles), se te denegaba la acción de ley prevista para ello.

¹⁶ De la misma manera que los dioses favorecerían a los mortales con la fortuna, la salud, o la victoria en la batalla, éstos a su vez deberían contentarles con la práctica de sacrificios, derramando sangre, ofreciendo holocaustos, las primicias de cosechas, ganados, incluso el primogénito, etc. Son innumerables los ejemplos en la literatura no jurídica. Que los sacrificios humanos fueron una práctica habitual para aplacar la ira de los dioses puede consultarse en fuentes históricas diversas. Remito, a GEHRARD HERM, *Los fenicios*. Ed. Destino, Barcelona, 1976. La consulta de las entrañas de los animales y el examen de los designios divinos a través de las circunstancias normales como el vuelo de las aves (augurios) fue una constante, véase entre otros, LIVIO, por ej. I-III, Gredos, Madrid, 1990, p. 170.

¹⁷ Permaneciendo muchos de sus conceptos y planteamientos inalterables casi hasta nuestros días. En la actualidad el desarrollo de estas materias ha sido espectacular. Remito a la extensa bibliografía referida sobre el tema en CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Dere-*

popular sobre el origen sobrenatural de ciertas enfermedades continuaba estando presente¹⁸. Es en esta época cuando la enfermedad mental comenzó a dejar de ser considerada como una enfermedad divina para pasar a ser considerada dentro del grupo de las llamadas enfermedades naturales. Como muestra del avance y de la importancia de la medicina griega baste citar aquí a autores como Alcmeón de Crotona¹⁹, Hipócrates de Cos²⁰ o Aristóteles²¹.

Con la llegada del Imperio Romano las ciencias naturales y la filosofía sufrieron un relativo abandono produciéndose el predominio de las ciencias sociales y el derecho. Los médicos romanos fueron meros continuadores de las teorías y técnicas griegas; no obstante aparecieron figuras tan destacadas como las de Asclepiades²², Cornelio Celso²³, Areteo de Capadocia²⁴, Sorano de Efeso²⁵ y Galeno²⁶ que fue, sin duda, el que más influyó en la medicina de su época, y cuyas teorías se han considerado verdaderos dogmas de fe casi hasta nuestros días²⁷.

3. La protección del *furiosus* en las diferentes etapas del Derecho romano²⁸

Según el jurista Gayo (G.3.106) la enfermedad mental (*furor*) hace que el que la sufra carezca por completo de capacidad negocial y delictual. En

cho. pp. 497-509. También es recomendable para la consulta de diversos términos, o aclaraciones, el *Diccionario de Psiquiatría*, de A. POROT, Ed. Labor, S. A., Barcelona, 1977.

¹⁸ Para los médicos griegos la enfermedad tenía su origen en la «discrasia» o alteración de los cuatro humores fundamentales: sangre, bilis negra, bilis amarilla y flema.

¹⁹ Su obra *De la naturaleza*, fue escrita en el 500 adC.

²⁰ Vivió del 460 al 355 adC y fue quien efectuó una de las primeras clasificaciones de las enfermedades mentales en: epilepsia, manía, melancolía y paranoia.

²¹ (384-322 adC) Para quien la enfermedad mental era de origen físico, dividiendo el alma en racional e irracional y abandonando la teoría de la separación materia-espíritu y las consideraciones que atribuían todo lo malo a la materia y lo bueno al espíritu. El ser humano será un todo formado por ambos elementos, buenos en sí, *Moral a Nicómaco* (postura que posteriormente adopta Tomás de Aquino y que está presente en toda la teología de la cristiandad) y esbozando el primer concepto de «abreacción» como forma de tratamiento de la enfermedad mental).

²² Incorpora los baños, la música y un curioso artefacto que denominó la cama suspendida, a la terapia psiquiátrica.

²³ Hacia el 25 adC. Se le considera como el Hipócrates latino. En su obra *De re medica* al hablar de la enfermedad mental considera como forma de tratamiento el susto, el hambre, las cadenas y cierta dosis de crueldad para devolver al hombre a sus cabales, tal y como relata E. ACERKNECHT, *Sobre historias de la Psiquiatría*, Ed Universitaria de Buenos Aires, cit., por CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Derecho*, p. 18.

²⁴ Describe ya en el s. I ddC. con todo lujo de detalles lo que hoy llamaríamos la Psicosis Maníaco-Depresiva.

²⁵ Precursor de lo que más tarde se llamará la terapia moral y una de las figuras más importantes de la llamada medicina psicológica (90-138 ddC.). En la actualidad, en mi opinión, puede considerarse continuador de esta tendencia Víctor E. FRANK, *El hombre en busca de sentido*, Herder, Barcelona, 1995.

²⁶ En el 130-200 ddC.

²⁷ En palabras de CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Derecho*, p. 18, «Supo aglutinar todos los conocimientos que le habían transmitido sus antecesores, creando la teoría de los tres espíritus: naturales, vitales y animales; situó el alma racional en el cerebro y la irracional en el corazón en el hombre y en el hígado en la mujer».

²⁸ Además de los principales manuales de Derecho romano y bibliografía especializada que se irá señalando, he consultado: el *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae, iussu*

Roma se tomaron en consideración sólo los casos graves y notorios, estando el *furiosus* desde antiguo, sujeto a un curator tal y como observa Kaser²⁹.

Los romanos empleaban este término para denominar al loco, pero no es muy aventurado afirmar que también dentro de ese término se podría estar haciendo referencia, de manera general, a todas aquellas personas que por uno u otro motivo tenían perturbadas sus facultades mentales, con independencia de la locura, si consideramos ésta en sentido estricto. Así, el término *furiosus*³⁰ del derecho romano sería un término de más amplio alcance que el de loco actual. Equivaldría al que nosotros llamamos incapaz en sentido amplio, es decir, a aquella persona discapacitada mentalmente aunque no medie previamente una sentencia de incapacitación³¹.

Instituti Savigniani compositum (VIR), tomo I, de la A a la C, 1894-1903; II, de la D a la G, 1906-1933; III/1, de la H a la K, 1910-1968.; III/2, L a M, 1983; IV, N a Q, fasc. 1 y 2, 1914-1936, fasc. 3 y 4, 1985; V, de la R a Z, 1910-1939. Las "Doce tablas", en *Fontes Iuris Romani Antiqui pars prior: leges et negotia*, 6.ª ed., de Bruns, Lipsiae, 1893 (hay 7.ª edic. a cura del Grandenwitz, Tubinga, 1909, reimpresión, Aalen, 1958), y *pars posterior: scriptores*, Festo, *Custodela* en *Idem.*, y *Fontes iuris romani anteustiniani in usum scholarum ediderunt (FIRA)*, t. I., *Leges*, Riccobono, Florencia, 1941 (hay 2.ª edic. de 1968), *Encyclopedic Dictionary of Roman law*, Berger, Filadelfia, 1953. Gaius, *Institutiones*, edic. bilingüe a cargo de Hernández Tejero, Arias Bonet, Roset, Abellán e Iglesias, Civitas, Madrid, 1985, también en *Textos de Derecho Romano*, de VV.AA., dir. por Domingo, Aranzadi, Navarra, 1998, en concreto las *Doce tablas*, por VARELA; las *Institutiones* de Gayo, por A. D'ORS y DOMINGO. Del *Corpus Iuris*, la edic. de MOMMSEN (*Digesta*), KRÜGER (*Institutiones* y *Codex*) y SHÖLL y KROLL (*Novellae*) confrontada con la edic. bilingüe de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho civil romano*, 6 tomos, Barcelona, 1889. Para el *Digesto*, también he consultado la versión llevada a cabo por D'ORS, HERNÁNDEZ-TEJERO, FUENTESECA, GARCÍA GARRIDO y BURILLO en tres vol. I, lib. 1-19, II, lib. 20-36 y III, lib. 37-50, Pamplona, 1968, 1972 y 1975 respectivamente. Las monografías sobre cada uno de los aspectos tratados, viene reflejada a pie de página en cada momento oportuno. En general las obras de SOLAZZI referidas por BONFANTE en su *Corso di Diritto Romano*, I, *Diritto di famiglia*, Dott. A. Giuffrè Edit., Milano, 1963, p. 551, en nota a pie; esencial es la de RUDORFF, *Das Vormundschaftsrecht*, I-III, Berlin, 1921-34, y el comentario a la misma hecha por GLUK. Sobre el origen de la *cura*, DILIBERTO, *Studi sulle origini della «cuza furcosi»*. Ed. Jovene, Napoli, 1984. y los escritos del profesor DE VISSCHER, «Potestas et cura», en *Studii Perozzi*, Palermo, 1925, pp. 399 ss.

²⁹ KASER, *Derecho Romano privado*, versión directa de la 5.ª edic. alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, 2.ª edic., Reus, S. A., Madrid, 1982, pp. 75, 296 y 297.

³⁰ Es *communis opinio* entre los romanistas, que en la Ley decemviral *furor* significaría enfermedad mental en general. Las diversas clases de locura según la religión, la medicina o las costumbres, tendrían la misma importancia en derecho. Las palabras *furiosus*, *demens*, *mentecaptus* son adoptadas como sinónimos en un gran número de textos según BONFANTE en nota a pie en su *Corso*, I, p. 647. A pesar de ello algunos autores establecen diferencias entre *furiosus* y *demens*, debidas al lenguaje tardío, consistentes en que mientras el segundo sería el que permanece tranquilo, el primero está alterado pero tiene intervalos lúcidos, diferencias que no afectarían a su tratamiento jurídico. Justiniano une ambos términos considerándose interpolados aquellos textos en los que no aparece así. Para las interpolaciones puede consultarse el *Index interpolationum quae Iustiniani Digestis inesse dicuntur* (tres tomos con suplemento), de MITTEIS, LEVY, RABEL y otros, Weimar, 1929, 1931, 1935. Por otra parte, se puede tener en cuenta la afirmación que hace Asclepiade médico personal y amigo de Craso, en el s. I adC., que ocupándose de la enfermedad mental, afirma que *insania* es un término popular y vulgar, mientras que *furor* es propio de la lengua más culta. No se pronuncia al respecto del tecnicismo del término X. D'ORS en «Sobre XII Tab. V, 7.ª: si furiosus escit...», en *AHD*, 50, 1980, p. 807. NARDI, por su parte, subraya este carácter más técnico del término *furiosus* en su *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983, p. 70, en nota 9.

³¹ Sobre la discapacidad psíquica no encuentro muchas referencias en el derecho antiguo, en todo caso, y aparte de las fuentes jurídicas que se irán examinando están las

3.1 TUTELA Y PATRIA POTESTAS

Hay que partir de la idea de que tutela y patria potestad son temas muy relacionados³², es decir, habiendo patria potestad no es necesaria la tutela, pues la tutela no es sino la transformación del poder del *paterfamilias* muerto en una autoridad ejercitada sobre los miembros familiares impúberes y los necesitados de protección. Se trata, por tanto, de una conexión al principio a los poderes familiares, estando socialmente considerada entre los *officia* morales más elevados³³. Pero también tutela e incapacidad son temas muy relacionados entre sí. Tan unidos que en nuestro ordenamiento no surge el instituto de la tutela, si previamente no ha habido una declaración de incapacidad. En Roma, como hoy, la persona sujeta a tutela se llamaba pupilo. No se exigía declaración de incapacidad, sino que dándose por supuesta la falta de capacidad de obrar de estas personas, se les proveía de un *curator*, cuyo nombramiento y funciones serían como los del tutor.

La evolución histórica de la tutela romana es compleja y tiene todavía muchas lagunas; las razones están, en palabras de Fuenteseca, en que la roma-

literarias como CICERÓN, *De inven.*, 2, 50, 148, y *De har. resp.*, 17, 39, donde habla del *stulti insani*, aunque en el sentido del que se deja dominar por las pasiones con lo que no se puede entender aquí aplicable; se refiere a los que no son sabios en el sentido de la sabiduría estoica, ni tampoco el que tiene un acceso de locura en el transcurso o con motivo de una enfermedad, pues en este sentido ya PAULO, en D. 28.1.17, Paul 3 Sent. refiere que «el privado de juicio no puede durante el tiempo que dure la enfermedad de su cuerpo hacer testamento» (yo creo que no resulta imposible que el autor de las *Sententiae* con esa lacónica frase no estuviera haciendo referencia también a la enfermedad de la mente), en todo caso lo que se quiere mostrar es que cuando hablo de incapacidad mental me refiero a algo de tipo permanente, es decir, que aunque sea curable, produzca una verdadera incapacidad mientras dure. De la misma manera, VARRÓN en *De re rusticorum*, 1, 2, 8. Sobre la psiquis oriental antigua, puede consultarse RENAN en sus *Origines du Christianisme*, citado por BONFANTE, *Corso*, I, p. 646. Hay también algunos tratados de especialistas sobre el tema: en todo caso AUDIBERT, *Etudes sur l'Histoire du Droit Romain*, I, *La folie et la prodigalité en droit romain*, París, 1892, APPLETON, «Le fou et le prodigue en droit roman», *RGD*, 17, 1893, pp. 36 ss. y 232 ss. SOLAZZI, *Furiosus vel demens in Scritti di Diritto Romano* (1947 a 1950), Ed. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1972, pp. 361—369; NARDI, *Squilibrio y deficiencia mentales in diritto romano*, Milano, 1983; DILIBERTO, *Studi sulle origini della «cura furiosi»*, cit. La bibliografía existente sobre los textos retóricos de Cicerón y del Autor de *ad Herennium* 1, 13, 23, es amplísima, y citada por DILIBERTO, *op. cit.*, pp. 2 y 3, por su importancia remito a su examen. Es posible que Hipócrates, en Grecia, examinase la enfermedad mental separándola de la esfera sacra, en base al encefalocentrismo y la lucha contra la medicina mágica. Él comenzaría a afrontar los primeros estudios no solamente empíricos sobre el tratamiento de la locura y su posible cura en el mundo antiguo. Véase en este sentido de las *Obras de Hipócrates*, a cura di VEGETI, *Morbo sacro* 1, 2, 5, 6, Torino, 1976, p. 297 ss. Es clásico todavía el trabajo de FARRINGTON, *Science and Politics in the Ancient World*, London, 1946, cit., por DILIBERTO, p. 35. Sobre el discapaz psíquico en la actualidad hay excelentes tratados de psiquiatría por lo que remito a su estudio o al apartado correspondiente donde se da una referencia detallada.

³² En este sentido SOLAZZI, «La legge delle XII T. Sulla tutela e un'ipotesi del Bonfante», en *Scritti* 3, 1960, p. 219. LEVY-BRÜHL, «La tutelle des XII Tables», en *Studi in onore Solazzi*, Nápoles, 1948, p. 318 ss. LA PIRA, «La sostituzione pupillare» en *Studi in onore Bonfante* 3, Milano, 1923-30, p. 318; IGLESIAS, *Historia e Instituciones*, p. 543; Laura SANZ, *La tutela*, p. 13.

³³ Hasta el punto de que un menor incapaz, sujeto a tutela, no necesita ser previamente declarado incapaz, sino que la patria potestad es prorrogada siendo innecesaria la aparición de la tutela para hacer frente a una situación de discapacidad.

nística no ha logrado un cuadro evolutivo válido de la historia de la familia romana³⁴ y la tutela se encuadra, para este autor, dentro de este apartado³⁵.

3.2 TUTELA Y CURATELA

Sobre la tutela en general, existen algunos datos procedentes de las fuentes; también se encuentran trabajos sobre todo de la doctrina romanística italiana³⁶. Pero poco hay de la curatela de los locos y enfermos mentales. En realidad sobre el control jurídico (mejor decir, la protección jurídica) del enfermo mental, en derecho romano, hay más bien poco. El trabajo de O. Diliberto por ello arroja muchas luces sobre diferentes aspectos³⁷. Hay algunas monografías italianas que afrontan *ex professo* el problema en cuestión desde la época antigua hasta nuestros días³⁸. Pero a diferencia del italiano, poco se ha avanzado en derecho español³⁹; la romanística española no se ha dedicado preferentemente a este tema⁴⁰. Por el contrario, el derecho civil actual ofrece un panorama distinto con diversidad de trabajos.

Hechas estas consideraciones, parece razonable acudir a la tutela en general para, a partir de ella, entresacar, si las hay, las peculiaridades de la curatela de los *furiosi*. Pero son escasas las veces que se encuentra la palabra *furiosi* en los textos. ¿Quién es el *furiosus*? Según García Garrido lo es el loco o demente, el cual carece de voluntad y solamente tiene capacidad negocial en los llamados «intervalos lúcidos», es decir, cuando temporalmente recobra la salud mental⁴¹. Sobre el origen de la curatela hay que mencionar

³⁴ FUENTESECA en el «Prólogo» a la obra de VARELA, *De contutoribus*, edit. Madrid, 1979, p. VIII.

³⁵ Sobre la inclusión de la tutela dentro del derecho de familia también en el derecho actual, puede consultarse, GARCÍA CANTERO, «Los principios de la nueva normativa de la tutela», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, julio 1985, pp. 85-102.

³⁶ Entre otros SOLAZZI-SITZIA, *voce* «Tutela e curatela» (*Diritto romano*), en *NNDI*, 19, Unione Tipografica, Edit. Torinese, 1973, pp. 912-919. Son tratados todos los aspectos relacionados en la bibliografía citada allí y recogida por F. Sitzia y D. Piattelli. En concreto sobre la curatela del *furiosus*, SITZIA, *op. cit.*, p. 918, núm. 14; también G. H. STEVENSON, *voz* «curator», *Oxford Class. Dictionary*, 1949, p. 245, y Archi, *voce* «curatela» (*Diritto romano*), en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, Dott. A. Giuffrè-Edit., Varese, 1964, pp. 930-955.

³⁷ Se trata, como ya he mencionado, de *Studi sulle origini della «cura furiosi»*, Jovene Ed., Napoli, 1984.

³⁸ En concreto NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, cit.; BOARI, *Qui venit contra iura. Il furiosus nella criminalistica dei secoli XV e XVI*, Milano, 1983; VECCHIETTI, *Salute mentale e riforma sanitaria*, Milano, 1983; BRUSCUGLIA, *L'interdizione per infermità di mente*, Milano, 1983, citados por DILIBERTO, *Studi sulle origini della cura furiosi*, cit., p. 1.

³⁹ Pues en concreto sobre este tema sólo he encontrado el trabajo de X. D'ORS, «Sobre XII, Tab. V, 7.^a: Si furiosus escit...», en *AHDE*, 50, 1980, pp. 520 ss., y el de GARCÍA VÁZQUEZ, «La polémica en torno al concepto del «furiosus»», en *Estudios Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 190 ss.; GUILLÉN, *Vrbs Romana. Vida y costumbres de los Romaños*, III, *Religión y Ejército*, Salamanca, 1980, pp. 99 ss.

⁴⁰ Sí al tema de la tutela, como se ha visto, por ej. VARELA, *De contutoribus*, cit.

⁴¹ GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana, «furiosus»*, Ed. Dykinson, Madrid, 1990, y ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots. «furor»*, 4^{me} edit., C.N.R.S., Paris, 1967, p. 263: *Furiae*: personificación y divinización de las Furias. También sobre el concepto de *furiosus* véase GARCÍA ÁLVAREZ en *Estudios Álvarez*, 1978, pp. 185 ss., y NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*. cit.

las observaciones que hace el prof. De Visscher en relación con el derecho público⁴² por lo que remito a sus trabajos; en lo que aquí respecta, se trata de poner de relieve los aspectos de la tutela que interesan a la esfera del derecho privado⁴³.

Tutela y curatela, en palabras de Iglesias, son dos poderes sobre las personas que aun siendo *sui iuris*, no tienen la capacidad de entender y de querer que es necesaria para administrar convenientemente el propio patrimonio. La falta de capacidad puede ser total o parcial y fundada en razones de edad, sexo, enfermedad mental o debidas a la tendencia a la dilapidación⁴⁴. En los primeros tiempos la tutela era atributo de la *manus* o *potestas*, como lo prueba el hecho mismo de que faltara entonces una denominación especial para distinguirla de tal poder. *Paterfamilias* y tutor eran una misma persona⁴⁵.

Teniendo en cuenta las clases de tutela existentes en Roma y a pesar de que la doctrina romanística coincide en la dificultad de una única clasificación debido a la ambigüedad de la terminología, y de la enumeración que encontramos en las fuentes⁴⁶, se podría hablar de tutela testamentaria, legítima y dativa⁴⁷. Pero tener presente esta clasificación no es suficiente, pues ha de tenerse en cuenta la evolución que sufren cada una de ellas. Evolución lenta, acorde con el carácter romano que trataba de evitar en lo posible cualquier modificación drástica por la que no sentían simpatía alguna⁴⁸ y que llevará con el correr del tiempo, a ir conformando la tutela en general, como una institución protectora del pupilo y con independencia de cual haya sido su forma de constituirse, (voluntad testamento, ley o nombramiento del pretor) a una regulación unitaria de todas las clases de tutela tal y como se

⁴² DE VISSCHER, «Potestas et cura», in *Studii Perozzi*, Palermo, 1925, pp. 399 ss.

⁴³ El que interese al derecho público este tema, no desdice de su ubicación dentro del derecho privado (a pesar de la discusión doctrinal existente), como observa GARCÍA CANTERO en «Notas sobre la curatela», *Revista de Derecho Privado (RDP)*, sept. 1-1984, pp. 465 ss.; en realidad las funciones del tutor o del curador vienen a suplir o a sustituir en caso de ausencia, a las funciones del padre, por lo que estas instituciones forman parte del Derecho de Familia.

⁴⁴ IGLESIAS, *Historia e instituciones*, p. 542.

⁴⁵ La potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar. IGLESIAS, *op. cit.*, p. 543. Por la misma razón es posible considerar que la potestad sobre los *furiosi* sería ejercida por el *paterfamilias*.

⁴⁶ Por ejemplo, G 1,188, *Ex his apparet, quot sint species tutelarum. Si vero quaeramus in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio, nam de ea re valde veteres dubitaverunt*, y EU 11.2-3 (Epitome Ulpiano) *tutores aut legitimi sunt aut senatusconsultis constituti aut moribus introducti. Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt*, G. 1, 154, *Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, dativi; qui ex optione sumuntur, optivi, 155, quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tab. agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi, 165 ex eadem lege XII tabularum libertarum et impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet*.

⁴⁷ Valga por todos, Laura SANZ, *La tutela*, cit., pp. 81 ss.

⁴⁸ Recuérdese que los romanos no derogaban las leyes sino que éstas caían en desuso. Por tanto siempre podía ser invocada una ley anterior. Véase ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho romano*, 4.^a edic. Reus, S. A., Madrid, 1980, pp. 113 ss., en concreto la 115, al hablar de cláusulas extrañas al contenido de la ley, «destinadas a fijar las relaciones del nuevo precepto con otras leyes anteriores o posteriores, o, incluso con el conjunto del Derecho vigente [...]». La más frecuente era el *caput tralaticium de impunitate*, en el cual se declaraba que no debía ser castigado quien en obsequio a la nueva ley transgrediese una anterior. Este criterio se engancha perfectamente en la idea, immanente al pensamiento jurídico romano, de que toda ley tenía una eficacia perpetua [...].»

observa en la época compiladora⁴⁹. Este lento proceso de homogeneización surgido a finales de la República, para culminar en la época compiladora, implica por ello mismo una complicada evolución de la institución⁵⁰. En este sentido ya se había referido Schulz⁵¹.

3.3 ORIGEN DE LA CURA FURIOSI

Se ha señalado el interés que reviste la obra de Diliberto. Y ello por el examen exhaustivo que realiza de la figura que nos ocupa que sorprende ya desde el principio al abordar los orígenes de la cura del *furiosus*, con gran minuciosidad. Partiendo de la disposición relativa a la *cura furiosi* contenida en las XII Tablas (T.5.7a):

*Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*⁵², analiza tres aspectos que él articula en forma de capítulos. El primero sobre el *furiosus* en el sistema decemviral, sobre el que mantiene que está bajo la *potestas* de los agnados, son agnados los parientes por línea masculina. Sunt antem agnati per virilis sexus personae cognatione iuncti, quasi a patre cognati [...] (G.1, 156), y donde habla sobre los diferentes aspectos de las enfermedades mentales, su reconocimiento, avances de la medicina, etc., y la evolución que sufre desde la consideración de su origen divino a la de enfermedad mental, constatando que el primero que se percató de ello fue Hipócrates. La segunda parte la dedica a la comprensión del término *pecunia* en las XII Tablas. Frente a una concepción única, (esto es considerar que se trataría de todo el patrimonio tanto *familia*: esclavos, como *pecunia*: ganado, del *furiosus*), basada en hipótesis originales pero que contradicen los criterios filológicos y lingüísticos, (se atribuirían poderes amplísimos a los agnados sobre todos los bienes) considera que por *pecunia* hay que entenderse sólo los medios utilizables para finalidad de consumo o de cambio (el dinero, diríamos hoy) siguiendo la tesis mantenida por Guarino⁵³, por lo que la *potestas* quedaría reducida a la persona y en cuanto a los bienes, sólo sobre una parte del patrimonio del *furiosus*⁵⁴. Diliberto considera que el control de la alienación mental estaría siempre referido a una enfer-

⁴⁹ Justiniano da el mismo tratamiento a la tutela testamentaria y a la dativa, exigiendo en todo caso el nombramiento del pretor, por lo que parece que siempre es dativa, a la vez que equipara tutela y curatela. También unifica las acciones tutelares (*actio rationibus distrahendis, accusatio suspecti tutoris*), en la *actio tutelae*, IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 543-544.

⁵⁰ Tal y como relata VARELA, *De contutoribus*, cit., p. 6.

⁵¹ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, traducc. de Sta. Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 155. Refiriéndose a la tutela decía: «El Derecho clásico en lo que respecta a sus características técnicas ofrece gran complicación: Los diferentes estadios histórico-legales: Derecho de las XII Tablas y leyes posteriores, Derecho pretorio y consular, Derecho de los Senadoconsultos y Constituciones Imperiales, hubieran debido ser coherentes y ordenados. Tales defectos fueron en parte atenuados en época postclásica». Por otra parte para la comprensión de las características del derecho clásico resulta esclarecedora la obra del mismo autor, *Principios del derecho romano*, Edit. Civitas, Madrid, 1990, el cual remite incansablemente a la de IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diferentes fases de su desarrollo*, de consulta obligada.

⁵² Cfr. con *Rhet. ad Her.* 1.13.23 y CICERÓN., *de inv.* 2.50.148.

⁵³ *Diritto privato romano*, Edit. Jovene, Napoli, 12.ª edic., Nápoles, 2001.

⁵⁴ En este sentido, VARELA, en *Textos de Derecho romano*, p. 25, considera que la *pecunia* en la época de las XII Tablas, estaba constituida por el dinero y demás bienes de cambio. La *familia*, sin embargo, en la época decemviral, estaba formada por el resto del patrimonio más todas las personas que estaban bajo el poder del *paterfamilias*.

medad grave, definitiva. La *potestas* agnaticia se limitaría a la persona del *furiosus* y a los bienes muebles de cambio=dinero. El tercer capítulo lo dedica, una vez hechas esas apreciaciones, al origen de la cura del *furiosus*, que él ve en la necesidad de someter a custodia la persona del loco y administrar esos bienes que han quedado fuera de la *familia*. Por otra parte, trata a su vez de determinar la condición jurídica de los bienes no sometidos a la potestad de los agnados. Los bienes no considerados como *pecunia* no podían quedar abandonados. La, llamémosle, furia, podía resolverse en un lapso de tiempo limitado, pero también podía privar al sujeto de sus facultades intelectivas por un período largo de tiempo, podía incluso durar toda la vida. ¿Cuál era entonces la naturaleza del poder relativo a los bienes que no formaban parte de la *pecunia furiosi* en edad arcaica? Wlassak⁵⁵ formuló la hipótesis de que se abriese la sucesión anticipada y provisional para la *familia* del *furiosus*; sin embargo esta hipótesis no puede ser mantenida en modo alguno en base a las fuentes, ya que la nueva asunción de la *patria potestas* del *furiosus*, en caso de que sanase, haría entrar en contradicción todo el sistema jurídico arcaico basado en la *potestas* del *paterfamilias*⁵⁶. Guarino por su parte la apoya partiendo de la idea de que la sucesión intestada de la *familia* del *furiosus*, sería definitiva pues el *furiosus* al que se refieren las XII Tablas sería un loco perpetuo privado de cualquier capacidad jurídica⁵⁷. Pero si se demuestra que no forzosamente el loco al que se refieren las XII Tablas era el perpetuo, el *pater furiosus*, una vez sanase, se habría visto privado de todos los derechos inherentes a la *familia* y además, definitivamente. Haciendo frente a esta postura, Diliberto sostiene que habría dos clases de bienes del *furiosus*, ambos dados a los agnados, pero de diverso título. Por una parte los agnados ejercerían sobre los bienes en cuestión un poder de naturaleza gestoria amplio pero tendente a la conservación del patrimonio mismo, y por eso distinto de la *potestas* sobre los bienes considerados como medio de cambio. Los hijos del loco, no llegando a ser *sui iuris* sino a la muerte del propio *pater furiosus*, no estarían bajo la *potestas* de los agnados sino bajo la persona del *furiosus*. Los agnados tendrían un poder por una parte para hacer las gestiones normales relativas al patrimonio del *furiosus*, siendo titulares de la plena disponibilidad sobre los medios de cambio, y por otra no podrían indiscriminadamente enajenar los bienes de mayor relevancia del enfermo mental⁵⁸; en este sentido Diliberto sostiene que con toda probabilidad los agnados no podrían mancipar las *res furiosi*, no siendo titulares de una potestad sobre ellos⁵⁹. Diferencia por tanto entre *potestas* y *gestio* corriente del patrimonio, garantizando con esta doble articulación de los poderes agnaticios sobre el enfermo mental, la supervivencia de los derechos del *furiosus* en caso de que sanase. Así sobre los

⁵⁵ Studi, cit., por DILIBERTO, *op. cit.*, p. 98.

⁵⁶ Así lo ve KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, cit., por DILIBERTO, *op. cit.*, p. 98, y la mayor parte de la doctrina.

⁵⁷ GUARINO, *Il furiosus*, y DPR., 12.^a

⁵⁸ En concreto, sobre la administración del *curator furiosi* puede verse ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 542, nota 608; *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 355, cit., por DILIBERTO, Studi, p. 90, y NARDI, *Squilibrio*, cit., pp. 121 ss.

⁵⁹ DILIBERTO, Studi, cit., p. 102. Aunque parece que G, 2, 64: *Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum*, mantiene la posibilidad de que el *curator furiosi* pudiera enajenar las cosas. El texto ha sido objeto de numerosos estudios, bajo distintos puntos de vista.

bienes no considerados *pecunia*, se asigna naturalmente el poder al plano consuetudinario y familiar. En definitiva hay que decir que la situación de incertidumbre del régimen jurídico aplicable deriva de la condición de *furiosus*. Diliberto encuentra en la condición jurídica del *pater captus ab hostibus*, cuya *capitis deminutio* no explica íntegramente los efectos que le son propios merced a la *spes postliminii*, una situación jurídica de derechos no extintos, que a pesar de su diferente estructura pudo ser adoptada a imitación del *furiosus*. De la misma manera que el derecho romano para una situación de subordinación dominical y de total pérdida de la capacidad⁶⁰ como era la reducción a esclavitud por *captivitas* aportaba mecanismos jurídicos (como el *ius postliminii*) pudo «inventar» (no siendo la locura considerada al principio como algo socialmente indigno) mecanismos que consiguieran que el *paterfamilias* loco una vez curado, pudiera reintegrarse sustancialmente en sus propios derechos; al menos de la misma manera o en la medida en que lo hacía el cautivo (aunque sabemos que no se reintegraba en todo, por ej.: el matrimonio, y la posesión, no volvían a él al ser situaciones que requerían la persistencia). Los mismos textos de los juristas clásicos evidencian la analogía entre la situación del *pater furens* y la del *pater captus ab hostibus*:

D. 23, 4, 8 Paul. 7 *ad Sab: Quotiens patre furente vel ab hostibus capto filius familias ducit uxorem filiaque familias nubuit, necessario etiam pactio cum ipsa dumtaxat dotis nomine fieri poterit.* Tal analogía, en palabras de Diliberto⁶¹, no responde necesariamente a una similar regulación jurídica de las dos figuras.

3.4 EVOLUCIÓN DE ESTA FIGURA

En época más avanzada la *cura furiosi* se presenta como un instituto seguramente unitario, sin distinción interna del patrimonio del *furiosus* (distinción que parecía desprenderse del texto decemviral, donde los agnados, sólo tendrían la administración del patrimonio del loco, sin ser titulares de la potestad sobre ellos, pues *pecunia*, ya se ha demostrado, no significaba el patrimonio entero del loco sino una parte limitada, en concreto bienes medio de cambio=dinero). En este sentido Quinto Mucio Scaevola (S. I adC) reconoce la *cura furiosi* como instituto autónomo respecto a la antigua potestad agnaticia y el mismo autor se ocupa de la relación con la tutela *impuberum*. Obsérvese:

D. 26,1,3 pr. Ulp. 37 *ad Sab.: Qui habet tutorem pupillus vel pupilla si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilo minus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit et a Iuliano probatur eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. Quare si tutores habent, et furor iis accesserit, nihilo minus tutores accipere poterunt, quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat*⁶².

⁶⁰ Más propiamente se pudo hablar de pérdida de la capacidad jurídica. En este sentido AMIRANTE en «Postliminium (Dir. rom.)», *NNDI*, XIII, 1968, p. 430. Para el estudio de estos aspectos puede verse FUENTESECA, «Origen y perfiles clásicos del postliminium», en *AHDE*, 21-22, 1951-52 y otros autores y obras citados por DILIBERTO, *Studi*, cit., p. 104, nota a pie 15.

⁶¹ *Studi*, cit., p. 106

⁶² Si bien todo este fragmento ha estado sometido a una excesiva crítica interpolacionista, en palabras de DILIBERTO, *Studi*, cit., p. 15, por lo que remito al *Index Interpolationum*, cit. en la bibliografía general reflejada en nota a pie de este trabajo.

Ahora bien, si en las XII Tablas no se hablaba de la *cura* sino que el poder sobre la persona y bienes (*pecunia*) del loco era denominado *potestas*, la cuestión que se plantea es determinar cómo de la *potestas* se ha pasado a la *cura furiosi*. Seguir el desarrollo histórico de las *curationes*⁶³ es empresa ardua en palabras de Diliberto⁶⁴, por lo que propone estudiar el nacimiento de la categoría que llamamos *curationes*, siguiendo las indicaciones sugeridas por Archi, para el cual el verdadero problema viene representado por encontrar una definición acorde con una institución que ha estado provista en todo momento de un tremendo dinamismo⁶⁵

3.5 LAS FUENTES

Se puede decir que la primera vez que se encuentra mención expresa de la tutela del incapaz es en las XII Tablas 5, 7a:

Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. Conforme a ella⁶⁶, la persona y el patrimonio de un *furiosus* se hallaban *in potestate del proximus adgnatus* o de la *gens*. Estaríamos ante la tutela legítima, pues el tutor, es designado por las XII Tablas. Si no había un *custos*⁶⁷, el hijo loco quedaba sometido a la potestad del agnado. En el mismo momento que surge la necesidad de tutela del incapaz, automáticamente surge la *cura furiosi*. No se contempla la posibilidad de curador nombrado en testamento en la época más antigua, recayendo la *cura* en el *proximus adgnatus*, solucionando de esa manera, el problema de la atención y cuidado de esas personas y de su patrimonio (ya que las familias eran muy numerosas en los primeros tiempos, por lo que siempre se encontraría un agnado o varios en el mismo grado). En todo caso faltando la curatela de los agnados próximos recaería en los gentiles —que en realidad eran agnados lejanos—.

¿Es posible hablar de un *curator* testamentario para el *furiosus*? A pesar de que Bonfante considera que no sería reconocido⁶⁸ no se oponen las fuentes a ello, es más, en las Instituciones de Justiniano hay mención expresa de este supuesto (como se verá más adelante en un texto de Trifonino). En todo caso sería necesaria la aprobación de la autoridad competente, léase magistrado. En la época arcaica el *heres* sería el *custos* (en base a la concepción original de la familia romana en la que el heredero sucede al causante en todo, no sólo en lo patrimonial, sino en todas las relaciones que tenía el *paterfamilias* en vida; siendo al fallecer éste el cabeza de familia). No resulta descabellado suponer que los romanos habrían pensado en la curatela como institución similar a la tutela, por lo que es posible establecer un paralelismo evidente, tal y como hace Bonfante⁶⁹. La familia sería la que se ocuparía del *furiosus* velando por su persona y administrando su patrimonio en caso de

⁶³ Denominación dada por DILIBERTO.

⁶⁴ *Studi*, p. 107.

⁶⁵ Para este autor, *Curatela*, cit., p. 179, es ahí donde radica el verdadero interés: en el dinamismo. Por otra parte, el uso del plural, es obligado tratándose como es el caso, de un instituto que no es unitario.

⁶⁶ Un estudio sobre la misma puede verse en X. D'ORS, «Sobre XII Tab. V, 7.ª: "si furiosus escit..."», en *AHD*, cit., pp. 797 ss.

⁶⁷ FESTO, *Custodela: Custodelam dicebant antiqui, quam nunc dicimus custodiam*, en BRUNS.

⁶⁸ BONFANTE, *Corso*, I, p. 643

⁶⁹ BONFANTE, *Corso*, I, cit., pp. 553 ss.

que lo hubiera. Ahora bien, al no existir una previa declaración de incapacidad equiparable a la existente en nuestra regulación actual, se plantea el problema de ante la duda, ¿cómo determinar si se estaba ante un incapaz, o qué actos podía realizar un loco en intervalos lúcidos? ¿Por qué los romanos no recogen esos supuestos que se debieron de dar en la realidad? La respuesta podría ser que la familia sería la que asumía al incapaz y le dejaba actuar en la esfera privada en determinados casos, pero en otros no.

A falta de curador legítimo⁷⁰, el *furiosus* quedaría según las XII Tablas sin curatela. A pesar del silencio de las fuentes y de la doctrina al respecto, hay que pensar que los romanos no dejarían sin curador al *furiosus* por lo que seguramente intervendrían para su nombramiento. No es imposible que primero los cónsules y más tarde el *praetor urbanus* procuraran su nombramiento. Aunque Schulz considera que no es muy probable⁷¹ me parece lógico suponerlo dado el carácter eminentemente práctico de los romanos. La disposición más antigua fue la *Lex Atilia de tutore dando*⁷², la cual ordenaba al *praetor urbanus* el nombramiento de un tutor cuando el *impuber* careciese de tutor testamentario y de tutor legítimo, y de la misma manera creo que también proveería al nombramiento de un *curator furiosi* si el caso lo requiría. En mi opinión, los supuestos previstos en esta *lex* para la tutela, habrían que entenderlos extensivos a la curatela.

Según Schulz, el derecho clásico referente a los locos era muy primitivo, y no nos es conocido debido a que no disponemos de la página de las instituciones de Gayo relativa a esta materia⁷³. Se trataría de un sistema psiquiátrico rudimentario. No existía un procedimiento por el cual una persona pudiera ser declarada incapaz tal y como existe en nuestros días⁷⁴. El *furiosus* caería automáticamente bajo la *potestas* del *adgnatus* y quedaría libre de ésta, cuando recobrarla la razón. Las personas mentalmente afectadas, que se hallaran *in potestate patris* o *in tutela*, no estarían sometidas a la *cura furiosi* sino que seguirían bajo la patria potestad o la tutela en su caso.

En este sentido, respecto a qué les pasa a los que ya tienen tutor y hubieren comenzado a enloquecer, veamos qué dice Ulpiano:

D. 26. 1. 3, pr. Ulp. *lib. 37 ad Sab: Qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilominus durent; quae sententia Quinti quoque Mucii fuit, et ea Iuliano probatur; eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. Quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur; sive non habent, et furor iis accesserit nihilominus tutores accipere poterunt, quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat*, es decir, que permanezcan en la tutela, pues no es necesaria la curatela ya que permanecían todavía en edad de tutela. Si tienen tutores, no son sometidos a curatela por causa de locura; y si no tienen tutores y les atacare la locura, en virtud de la ley de las XII Tablas, podrán recibir tutores, y a partir de la *lex Laetoria* (191 adC) en el caso del menor de 25 años (que

⁷⁰ Recuérdese lo dicho a propósito de nombramiento en testamento. No se tenía en cuenta si no lo autorizaba el pretor. En época anterior a la figura del pretor, ¿quién lo autorizaría?, ¿el cónsul?...

⁷¹ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, traducción directa de la ed. inglesa por J. Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 159, aunque como digo en relación a la *tutela impuberum*.

⁷² Hacia el 187 adC.

⁷³ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p.187.

⁷⁴ En el CC tras la reforma de 1983.

estaría sometido a la *cura minorum*) que esté loco se le da curador no como a loco sino como a menor de 25 años, como si el impedimento fuera la edad. De esa manera se puede decir que la *Jurisprudencia* romana considera que a quien su edad lo sujeta a tutela o curatela no tiene necesidad de que se le procure un curador como a un demente, solucionándose así muchos problemas prácticos, tal y como se desprende del párrafo 1 del mismo fragmento de Ulpiano (*ad Sabinum*): *Quia autem in pupillorum persona adgnatos curatores non admittimus, idcirco putavi, etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adolescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum; et ita definiemus, ei, quem aetas curae vel tutelae subiicit non necesse quasi dementi quari curatorem; et ita Imperator Augustus rescripsit quum magis aetati, quam dementiae tantisper sit consulendum.*

Si no había *curator legitimus* (ya se ha dicho que no existía *cura furiosi* testamentaria), el pretor (y en provincias el gobernador), podía nombrar un *curator*. Aunque no hubo para la curatela una ley semejante a la *Lex Atilia* referida a la tutela dativa (ante la falta de tutor testamentario y legítimo), hay que pensar que ante el estado deficiente de las fuentes, pudo existir una *cura furiosi decretalis*. Es posible que las normas relativas al nombramiento del *curator*, fueran similares a las previstas para el nombramiento del tutor dativo. Los magistrados actuarían discrecionalmente, y, puesto que pudo ocurrir que el *furiosus* no tuviese *curator* al carecer de *proximus adgnatus*, el magistrado le nombraría uno.

3.6 UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

La consideración de ciertos matices en torno a la terminología romana, puede ayudar a una mayor comprensión del tema. La opinión dominante⁷⁵ considera que existen dos clases de locura, bien diferenciadas desde los primeros tiempos⁷⁶: el *furiosus*⁷⁷, al que se refiere la cura decemviral y el *demens* o *mentecaptus*, denominado también en nuestras fuentes como *stultus*, *fatuus*, *insanus* al cual le sería aplicable la cura dativa. En nuestro ordenamiento⁷⁸ estas personas fueron consideradas inicialmente como anormales para pasar luego a ser denominadas subnormales⁷⁹, deficientes mentales, discapacitados, minusválidos psíquicos, y ahora personas con minusvalía o discapacidad psíquica⁸⁰.

⁷⁵ Por todos BONFANTE, *op. et loc. cit.*

⁷⁶ Me refiero a la época arcaica, a partir de la fundación de la ciudad. (a.U.c.).

⁷⁷ Sobre los orígenes de la *cura furiosi*, véase, DILIBERTO, *Studi della*, cit.

⁷⁸ Evidentemente no pretendo hacer un análisis de la evolución de la figura del discapacitado psíquico a lo largo de nuestra historia, ni de la protección o desprotección del mismo, sino que las consideraciones que haga estarán referidas a la última parte del siglo xx que he conocido y hasta nuestros días.

⁷⁹ Literalmente anormales: fuera de la norma, subnormales: por debajo de la norma pero no fuera de ella. Siguiendo a SAINZ DE ROBLES en «Una perspectiva histórica», en VV.AA. coord. por I. SERRANO GARCIA, *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso Regional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 25 y 26. Pero, ¿cuál es la norma?

⁸⁰ Esta evolución terminológica representa en realidad, en palabras de SAINZ DE ROBLES en «Una perspectiva histórica», cit., p. 26, «un esfuerzo por encontrar el verdadero lugar de estas personas, en la sociedad a la que pertenecen». No creo que esta preocupación por el discapacitado, estuviera presente en una sociedad primitiva como la romana ni en la de otros pueblos de la antigüedad, y sí es propia de mentes más evolucionadas.

En derecho romano existen dos teorías en torno a la distinción entre *furiosus* y *demens* o *mentecaptus*⁸¹. El *furiosus* se distinguiría del *mentecaptus*, según la doctrina romanística dominante en Francia, porque el *furor* admitiría intervalos lúcidos durante los cuales cesaría o se suspendería, conforme la decisión justinianeá la *cura*. Por su parte la doctrina dominante en Alemania sostiene que los *furiosi* son los locos agitados, mientras que los *mentecapti* los disminuidos mentales⁸².

La teoría común alemana no ofrece dudas sobre la distinción entre locos agitados (*furiosi*) y mentecatos (*dementes*). Se basa en la interpretación general de los textos y en el uso común del vocabulario, para el cual, el *mentecaptus* sería un grado más bondadoso de locura. Se emplea como argumento básico para considerar esa diferencia un texto no jurídico como es el de Cicerón⁸³, en el que se emplean términos tales como *stulti*, e *insani*, aunque según doctrina autorizada⁸⁴ se refiere al que se deja dominar por las pasiones, que no posee la sabiduría en el sentido de la filosofía estoica. También se observa que mientras el *furiosus* en una serie numerosa de textos es denominado como incapaz de actuar o delinquir en modo absoluto y por tanto equiparado al *infans*⁸⁵, el cual de manera general no puede llevar a cabo ningún negocio porque no entiende lo que hace (G, 3,106), en intervalos lúcidos puede ser testigo para el que va a hacer testamento e incluso hacerlo tal y como se desprende de D. 28. 1. 20. 4. Ulp. *lib. 1 ad Sab*⁸⁶; por su parte, el *mentecaptus* no es incapaz de hacer testamento tal y como se desprende de D. 28. 1. 17, Paul *lib. 3 Sent. In adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest*. Este texto alude al que en una enfermedad sufra un acceso de locura y parece un absurdo decir que el *mentecaptus* devenga incapaz de testar sólo cuando se encontrara enfermo del cuerpo y no del espíritu o mente.

La doctrina ecléctica intenta conciliar las anteriores opiniones por lo que considera que estaríamos ante un sistema psiquiátrico primitivo que sólo se fijaría en los fenómenos externos⁸⁷. Hablaríamos de locura en el sentido de *furor* para referirnos a los locos más evidentes, la demencia sobrevenida, no congénita. De aquí la idea de los antiguos de que el *furor* sería una alienación producida por una potencia extrínseca y superior de influencia divina⁸⁸: el

⁸¹ Además de las definiciones recogidas en NNDI, sobre estos aspectos, véase SOLAZZI, «Furiosus vel demens», en *AG (Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, Módena), 143, 1952, pp. 16 ss., cit. por IGLESIAS, *Historia e instituciones*, p. 552, y RENIER, «Observations sur la terminologie de l'alienation mentale», en *RIDA*, 5, 1950, pp. 429 ss.

⁸² BONFANTE, *Corso*, cit., p. 644.

⁸³ CICERÓN *Tusculanae*, 3, 5, edit. coloquio, Madrid, 1986, pp. 148 y 149

⁸⁴ AUDIBERT y APPLETON referidos por BONFANTE en *Corso*, cit., p. 646.

⁸⁵ Recuérdese que en Derecho romano el *infans* es el niño pequeño (el que no habla o que apenas ha empezado a hablar). A propósito, G. 3,109: [...] *nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt*.

⁸⁶ *Ne furiosus quidem testis adhiberi potest; quum compos mentis non sit, sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest; testamentum quoque, quod ante furorem consummavit, valebit [...]*.

⁸⁷ Sabemos de la dificultad existente en torno a la delimitación de los enfermos mentales a pesar del desarrollo de la psiquiatría en la actualidad. Seguramente los romanos encontraron iguales dificultades si no mayores, pues la medicina no estaba muy desarrollada en éstos y otros campos.

⁸⁸ Muchos aspectos relacionados con la relevancia de la *Furiae* en el ámbito cultural y ritual romano son expuestos por GUILLÉN en su *Urbs*, cit., pp. 99 ss. También aparecen representadas en la literatura y en la epigrafía y arte romanos (sobre todo en los sarcófagos).

furiosus tiene el espíritu *divino instinctu concitatus*⁸⁹, de donde se deduce que por un lado el *furor* aparece como castigo divino, una pena, dice Cicerón, textualmente, para el que ha infligido *gravioris deorum immortalium iras*⁹⁰, y por otro como un estado de exaltación inspirada, de éxtasis profético o genial, concepto recogido científicamente por la moderna psiquiatría⁹¹. Sin embargo el mentecato, es el infeliz, cuya debilidad es de tipo congénito, o sea de nacimiento, por lo que su estado no es debido a causas extrínsecas, y es por esto por lo que el legislador primitivo no provee por él. Así como el *furor* puede no ser permanente, puesto que la pena o el castigo divino pueden no ser perpetuos existiendo períodos de calma, la concepción de la existencia en ellos de intervalos lúcidos no goza del favor de todos los psiquiatras modernos. Bonfante considera cualquier postura, criticable⁹².

En la literatura latina, véase por ej. en VARRÓN, *De Ling. Lat.*, 7, 45, y CICERÓN, *Nat. Deorum* 3, 18, 46; tales divinidades (*volturnus, palatua, furrina, flora, falacer...*) debieron tener importancia en la Roma arcaica, DILIBERTO, *Studi*, cit., p. 30. El *furor* iría unido a la violencia bélica (lo mismo Marte) como un carácter cultural típico de los pueblos indoeuropeos. En este sentido se expresa DUMEZIL, *La religión romaine arcaïque*, París, 1974, p. 239.

⁸⁹ Como dice CICERÓN en su *De divinitate*, 1, 31, 66 y 2, 48, 100, y también cit. por BONFANTE, *Corso*, I, p. 646.

⁹⁰ *De haruspicum responsis*, 17, 39.

⁹¹ Puede consultarse de manera específica, para estos aspectos de CABRERA-FUERTE, *Psiquiatría y Derecho*, cit.

⁹² No se puede pasar por alto la referencia a la postura de Bonfante en torno a la investigación del derecho romano. Emplea este autor el método naturalista u orgánico (también llamado histórico-sociológico), que considera a los institutos jurídicos como organismos vivos, por lo que les aplica los principios de la evolución. En base a ese método, desarrolla su peculiar teoría de la familia y de la *hereditas* romana. Sobre este método de investigación romanístico LOZANO CORBI, *Roma y su gran aportación al mundo*, pp. 127-129, y notas a pie. MIQUEL, *Curso de derecho romano*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 143, considera que la moderna investigación romanística se ha ido separando cada vez más de la tesis *bonfantiana* (la familia romana en sentido propio –*proprio iure*– es un grupo de personas unidas entre sí simplemente bajo la autoridad de una de ellas, el *paterfamilias*, que ejercita dicha autoridad con fines que trascienden el orden doméstico [...]), lo que equivale a decir que se trata de una especie de organismo político. Tesis refutada por ARANGIO-RUIZ, para el cual estaríamos ante un organismo económico, *Le genti e la città*, Messina, 1914, e *Instituzioni*, Napoli, 1923, pp. 174 ss., cit., por BONFANTE, *Corso*, I, p. 9. Para el estudio de la familia remito a su *Corso*, I, cit., p. 8 a 10, y 253, 254. Respecto a la *hereditas* concebida como algo distinto de lo meramente patrimonial remito a *Corso*, VI, *Le successioni*, pp. 96 a 123 y *Scritti giuridici varii*, I, pp. 102 a 109; el *heres* romano no es un mero adquirente del patrimonio del difunto, sino el verdadero sucesor en la potestad que tenía el difunto sobre la familia, o mejor, sobre la *gens*, y sólo en consecuencia, como efecto necesario pero accesorio adquiriría también el patrimonio. Se trata de un traspaso de la soberanía; en un principio, seguramente *heres* y continuador de la familia serían una misma persona. La *gens* romana perpetuaba la soberanía mediante la designación del predecesor en su testamento. Con el tiempo, esa unión desaparece, probablemente por acción directa de la *civitas* a la que le interesa romper el grupo gentilicio y robustecer su propio poder; derecho a la herencia y sucesión en el desempeño del cargo del grupo familiar, fueron poco a poco separándose. A mi parecer, en todo caso esta antigua teoría puede considerarse un antecedente muy lejano de la sucesión en los títulos nobiliarios por parte del primogénito: patrimonio y título irían unidos, y permanece en la actualidad como reliquia en el mundo de los títulos nobiliarios, en diferentes ordenamientos. Por otra parte, ya estaban presentes en el mundo antiguo. (Recuérdese la venta de la primogenitura por parte de Esaú hijo de Isaac, a su hermano Jacob, por un plato de lentejas, tal y como relata el libro del Antiguo Testamento). En palabras de BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 119, en el derecho romano, sin embargo el sistema para unificar la dirección de la familia, no es la primogenitura, sino el escogido por el predecesor, lo que equivale a decir, el testamento. Estas teorías han

A pesar de la existencia de textos jurídicos que parecen avalar la idea de una distinción entre las dos categorías de locura, los romanos no hacen distinción alguna en cuanto a su tratamiento jurídico. Esta idea fue mantenida por Savigny al que siguieron Solazzi⁹³ y Lenel⁹⁴.

Para Solazzi, el derecho antiguo y el derecho clásico⁹⁵ no hicieron ninguna distinción entre las diversas categorías de locura y será en la época romano-helénica cuando comienza a insinuarse el concepto de intervalos lúcidos y correlativamente la separación del *furiosus* como el loco agitado (violento) pero con intervalos lúcidos, del *demens* o *mentecaptus*. Conforme al derecho clásico, todo aquel que estuviera loco estaba sometido a la *cura legitima* y más tarde, en la época postclásica, a la dativa, y todo loco sujeto a *cura*, era siempre incapaz de obrar. Sólo en el derecho justinianeo los actos del *furiosus* eran válidos y la *cura* suspendida durante los intervalos lúcidos.

Pero dejando aparte las disquisiciones sobre el valor práctico y científico de los intervalos lúcidos, tal y como hace Bonfante⁹⁶, puede resultar oportuno analizar la base exegética de la doctrina de Solazzi. Para este autor, todos los textos referidos a los intervalos lúcidos, se encuentran interpolados, por lo que cuestiona su veracidad⁹⁷. El texto original no debía decir otra cosa sino

sido criticadas a pesar de su originalidad entre otros por A. D'ORS, para el cual seguir la teoría orgánica a pesar de ser aguda nos llevaría a resultados indeseados. Sus argumentos están recogidos en *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca, 1943, pp. 34 ss.

⁹³ SOLAZZI, «I lucidi intervalla del furioso», en *AG*, cit., 89, 1923, pp. 80-93, y «Furor vel dementia», en *Rivista di antichità (Moudeloy en caracteres griegos)*, II, 1924, pp. 10-40.

⁹⁴ LENEL, «Intervalla insaniae», en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 33, 1924, pp. 227-239.

⁹⁵ Los juristas no tuvieron un concepto claro de las anomalías mentales. Aunque los médicos griegos de la época clásica poseyeron extensos conocimientos en esta materia y sus escritos fueron conocidos en Roma, los juristas no pararon su atención en ellos. La cuestión fundamental de cuándo una persona debe ser considerada como un *furiosus* no fue nunca dilucidada por los juristas y se dejó a la libre apreciación de magistrados y jueces. Para los juristas clásicos fue esta una *quaestio facti*, y por serlo, se mantuvieron fieles al principio de los *iusconsulti* republicanos expresado por Aquilio Gallo tal y como refiere CICERÓN en su *Tópica*, 12.51: *Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem, inquietabat Gallus noster, si quis ad eum quid tale rettulerat, ut de facto quaereretur*. Los médicos clásicos sabían que en algunas especies de enfermedades mentales se daban los llamados intervalos lúcidos (por ejemplo en la demencia senil), tal y como atestiguan algunos textos, en concreto *De morbis chronicis* de Caelius Aurelianus, traducción latina de una obra griega de Soranus, escrita en la primera mitad del siglo II ddC. Por tanto la existencia de los intervalos lúcidos no era desconocida en la práctica de la época clásica, pero los juristas clásicos, no se ocuparon de ellos en sus escritos. En este sentido, SCHULZ, *Derecho Romano clásico*, cit., pp. 188 y 189.

⁹⁶ El cual hace referencia a las discusiones que mantuvieron en este sentido, Solazzi y Lenel en sus obras mencionadas anteriormente, en su *Corso*, cit., p. 648.

⁹⁷ No puede olvidarse que estos autores pertenecen al movimiento de búsqueda de interpolaciones, LOZANO, *Roma y su gran aportación al mundo*. Sobre el método histórico-crítico y la crítica interpolacionista, pp. 109—126, con abundante bibliografía citada a pie de página. Existe un *Index Interpolationum* en tres fascículos y un suplemento, de 1929-1935 donde se registraban las distintas hipótesis críticas del *Digesto*, pero ha quedado muy anticuado. Se ha publicado un índice de bibliografía crítica del *Codex Justiniano* realizado por BROGGINI, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur*, 1969, que ya ha sido citado anteriormente. Por su parte A. D'ORS, en *Derecho Privado Romano*, 9.ª ed. revisada, Eunsa, p. 64, nota 8 a pie de página, propone una Palingenesia crítica de todas las fuentes, y en este sentido, me consta de la existencia de diversos trabajos llevados a cabo por sus discípulos.

que el testamento hecho con anterioridad al estado de *furor* no sería inválido. La prueba directa de que los juristas clásicos no distinguieron entre *dementia* y *furor* puede verse en una serie de textos en los que si se alternan deliberadamente ambas palabras, en el mismo contexto no se distingue la existencia de diversas categorías⁹⁸. Otros textos contemplan al *furiosus* o al *furor* y se añade *vel demens* o *vel dementia* con la idea de distinguirlos, pero precisamente esta adición, en palabras de Bonfante se revela como una interpolación, porque está en contradicción el discurso que trata sobre el *furiosus* con el texto paralelo⁹⁹. En unos textos¹⁰⁰ se habla del *demens* y en otros, para la misma hipótesis se habla del *furiosus*, por lo que se ve claramente que *demens* o está interpolado o equivale a *furiosus*¹⁰¹. Lo mismo cabe decir del uso de la palabra *mentecaptus*, los clásicos emplearon indiferentemente esa palabra, o *furiosus*, y aplicaron al *mentecaptus* la *cura furiosi*¹⁰². Algunos textos clásicos no dan al *furiosus* el carácter de loco agitado que parece ser el que lo distingue del *mentecaptus* en el derecho bizantino. Por lo tanto se deberá distinguir en el derecho justinianeo entre furioso y demente, pero sólo en el derecho justinianeo y sólo en relación con los intervalos lúcidos. La controversia suscitada acerca de los intervalos lúcidos y sobre el régimen diverso entre furiosos y mentecatos, en orden al consentimiento en las bodas no preocupó a los juristas clásicos (ellos hablaban en general de los *furiosi*, locos con intervalos lúcidos, pues estos eran los supuestos que se planteaban). Hay que pensar que los enfermos mentales, plenos, que carecieran de intervalos lúcidos, no suscitarían ningún tipo de problemas. En todo caso sobre su guarda y cuidado, podría asegurarse que normalmente permanecerían dentro de la órbita familiar y bajo la salvaguarda de la madre, pues no he encontrado referencia alguna a la existencia de ningún tipo de establecimiento para su internamiento. En este sentido se expresa Schulz¹⁰³ al señalar que¹⁰⁴ «los tiempos primitivos muestran poca compasión hacia los locos y los consideran más bien como una carga que se confía a los parientes

⁹⁸ Recogidos por BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 649, nota 1 a pie.

⁹⁹ Ídem, nota, 2, p. 649.

¹⁰⁰ Ídem, nota 3.

¹⁰¹ La palabra *interpolare* tiene el sentido de actualizar, poner al día, restaurar. En relación con los textos, que es el sentido que aquí nos interesa, significa alterar, y puesto que el cambio no puede percibirse, se incorpora el elemento de la falsificación, con evidente perjuicio para el investigador. Por esta razón surgió la crítica interpolacionista moderna, es decir, la crítica textual. Nacida en los últimos años del siglo XIX, fue utilizada como metodología dominante hasta la mitad del siglo XX, por lo que no es exagerado decir que bajo su poderosa influencia se desarrolló prácticamente toda la romanística actual. Sin embargo, los inseguros postulados de que a veces se partía unidos a otros aspectos, provocó su propia crisis, por lo que se llegó a una postura de cautela encabezada por Max Kaser. El insigne romanista alemán, fallecido en 1997, previno, sin embargo, de otro riesgo real, justamente de signo contrario al anterior, y es el del excesivo conservadurismo y por tanto el de la desaparición por completo de una correcta y necesaria crítica de los textos. El autor aun reconociendo dentro de unos límites los éxitos alcanzados por la crítica interpolacionista, considera necesario adoptar una postura prudente que no dé lugar a los excesos y exageraciones del pasado, mostrándose muy cauto en el ejercicio de la crítica textual en sus trabajos científicos a partir de los años sesenta. Por su claridad y sencillez remito a la lectura de M. KASER, *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas*, traducción de J. M. Coma y G. Gallenkamp, edit. Comarés, Granada, 1998. En el mismo sentido VOLTE-
RRA, *La crítica del texto*, 2, 1971, pp. 821 a 1.097, cit. por KASER, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰² BONFANTE, *Corso*, I, p. 649, nota. 4.

¹⁰³ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p. 187.

¹⁰⁴ Cito textualmente.

o amigos del enfermo, encerrándose a éste en los casos peligrosos en prisión, puesto que en esta primitiva sociedad no existen asilos».

3.7 LA PERSONA Y LOS BIENES DEL *FURIOSUS*

El antiguo derecho *Quiritario* sometía al *furiosus* a la *potestas* de los agnados y de los gentiles, tanto la persona como sus bienes, siempre que el *furiosus* no tuviera un *custos* o guardián. Para Mommsen¹⁰⁵, esta genérica expresión se referiría tanto al *paterfamilias* como al tutor. Para este autor el *curator furiosi*, al igual que el *tutor*, tendría una misión principalmente patrimonial. Sin embargo ya hemos puesto de relieve con base en las fuentes, que el *curator* debe proveer a la guarda y custodia tanto de la persona como de los bienes. Por ello, vale la pena recordar las palabras de Iuliano, D 27, 10, 7 pr. *Iul. lib 21 Digest: Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi*¹⁰⁶.

Normalmente, el loco sería custodiado por el pariente más próximo, o por el cónyuge, y en casos extremos sería recluido. A los parientes próximos que no tuvieran cuidado de la persona del loco, Justiniano les amenazó con la pérdida de la sucesión en favor de la persona que voluntariamente la asumiera¹⁰⁷.

Por otra parte, mientras que el curador del *furiosus*, en base a las XII Tablas, tenía la facultad de enajenar, ya en la época clásica se interpreta esta facultad con moderación o precaución, restringiéndola a los fines de la administración. Así:

D. 27. 10. 12, *Marcel. lib 1. Digest: Ab agnato vel alio curatore furiosi rem furiosi dedicare non posse, constat; agnato enim furiosi non usquequaque competit rerum eius alienatio, sed quatenus negotiorum exigit administratio*. Al agnado del furioso no le compete en todos los casos la enajenación de los bienes de aquél, sino sólo en cuanto lo exige la administración de los negocios. Esto viene asegurado por los límites previstos en el SC Severiano¹⁰⁸; D. 27, 9, pr. *Ulpianus lib 35 ad Ed: Imperatoris Severi Oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere*.

3.8 CONSTITUCIÓN DE LA CURATELA

En el derecho justiniano la cuestión de la constitución de la curatela es un tema controvertido¹⁰⁹. El romanista francés Audibert¹¹⁰, sostuvo la tesis de que la *cura* legítima no tendría ya lugar en el nuevo derecho. Su doctrina

¹⁰⁵ Citado por BONFANTE en su *Corso*, I, p. 650.

¹⁰⁶ Aunque parece interpolado por el empleo de *tueri* en voz pasiva, propio de los textos interpolados. Así lo considera BONFANTE, *Corso*, p. 650, nota a pie 3. Téngase en cuenta lo dicho al hablar de las interpolaciones. LOZANO, *Roma y su gran aportación al mundo*, pp. 109 a 126.

¹⁰⁷ Novela 115, 3, 12. La edición que cito es directamente, la edit. sexta, *vol tertium, Novellae* a cura de SCHOLL-KROLL, Berlín, 1954.

¹⁰⁸ La *Oratio Severi* fue una propuesta al Senado del emperador Septimio Severo; convertida en Senadoconsulto dictaba normas sobre la venta de los fundos rurales o suburbanos de los sometidos a tutela y curatela.

¹⁰⁹ BONFANTE, *Corso*, I cit., p. 651.

¹¹⁰ AUDIBERT, *Nouvelle Revue historique*, 15, 1891, pp. 310 ss. cit., por BONFANTE, *op. et loc. últim. cit.*

fue seguida por Appleton¹¹¹ y Solazzi, que indagó el origen de la transformación considerando que antes de la conversión de Justiniano, algunas veces se habría constituido la *cura* testamentaria con independencia de cualquier confirmación posterior. Bonfante mantiene el mismo parecer que los autores mencionados de que el *curator legitimus* tendría necesidad de ser confirmado por el magistrado, pero le parece dudosa la tesis de Solazzi en cuanto a que Justiniano habría creado una *cura* testamentaria independiente de cualquier confirmación. Parece razonable la postura de Bonfante, pues es posible mantener que el estado de la cuestión en relación con la *cura furiosi* sería sustancialmente el mismo que el de la tutela: *cura* testamentaria en primer lugar, que prevalecería sobre todas, *cura* legítima en segundo lugar, y por último, *cura* dativa. Ahora bien, tanto la *cura* legítima como la testamentaria, requerirían confirmación por parte del magistrado. Es más, se podría añadir también —creo— que la *cura* legítima según el derecho de las *Novellae*, debería estar deferida a los cognados, Parentesco natural basado en el vínculo de sangre (vía moderna) [...] *at hi qui per femini sexus personas coguatiōne corimnguntur non suntagnati, sed alias naturali nire cognati* [...] G. 1, 156. no a los agnados, puesto que la Novela 118, en el capítulo 5, al sustituir los cognados por los agnados está hablando de la tutela. La demostración de la postura bonfantiana se basa en que, en rigor, la *cura legitima* autónoma aparece reconocida (aparte de en el derecho justiniano) también en numerosos textos de las pandectas y también en algunas leyes imperiales como la de Gordiano (C, 5, 70, 2) y de Anastasio, uno de los emperadores bizantinos más próximos a Justiniano. En el mismo sentido D. 27, 10, 12 (Marcelo ya referido) y 13, Gayo *lib 3 ad Edic prov: Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii Praetor administrationem dat, scilicet quum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur*, con frecuencia le pertenece a uno por la ley de las XII Tablas la curatela de un furioso o de un pródigo, y el pretor le da a otro la administración cuando aquel curador legítimo le parezca inhábil para esta cosa.

El fragmento de Gayo (1, 200 = D. 27, 10, 13) parece ser contrario a esta opinión sustentada por Bonfante. Si se lee atentamente, se dice *dei legitimi che ad essi curatio pertinet*, donde *dare* se refiere a la *datio* del magistrado. Y lo mismo puede decirse si se confronta con Ulpiano en D, 26, 4, 5, pr. *Ulp. lib. 35 ad Ed: Legitimos tutores nemo dat, sed lex duodecim tabularum fecit tutores*, nadie da tutores legítimos, sino que la Ley de las XII Tablas creó los tutores.

Sobre el *curator* testamentario fundamentalmente se encuentran estos dos textos:

El primero D. 27, 10, 16, pr. *Tryph, lib 13 Disput: Si furioso puberi quamquam maiori annis vigintiquinque curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris voluntatem; manet enim ea datio curatoris apud Praetorem, ut rescripto divi Marci continetur.*

El segundo de Justiniano, C 5, 70, 7, 4-5:

4. (...) *et prius de creatione curatoris, qui furiosis utriusque sexus datur, sancientes, tunc et aliis certum finem imponemus*

5. *Et si quidem pater curatorem furioso vel furiosae in ultimo elogio heredibus institutis vel exhereditatis dederit, ubi et fideiussionem cessare necesse est, paterno testimonio pro satisfactione sufficiente, ipse, qui datus est, ad curationem perveniat, ita tamen, ut in hac florentissima civitate apud urbicariam praefecturam deducatur, in provincia autem*

¹¹¹ APPLETON, *Revue générale*, 17, 1893, p. 351, idem.

apud praesidem eius, praesente etiam tam viro religiosissimo locorum antistite, quam tribus primatibus, et actis intervenientibus, tactis sacrosanctis scripturis, edicat, omnia se recte et cum utilitate furiosi agere, neque praetermittere ea, quae utilia furioso esse putaverit, neque admittere, quae inutilia existimaverit.

El primer texto atribuye resueltamente la *datio* al magistrado; sin embargo, Solazzi considera que no hay que tener en cuenta el testimonio de Trifonino, pues considera que esta Constitución de Justiniano excluye la intervención activa del magistrado en la *cura* testamentaria, en cuanto que el párrafo 5 de la ley 7 (véase anteriormente) no dice nada de la *creatio*. Pero prescindiendo sólo del hecho de que el texto de Trifonino ha llamado ciertamente la atención de los compiladores, por hallarse interpolado en el principio (según Bonfante¹¹² o sea *quamquam maiori annorum viginti quinque*). Cree este autor que la constitución de Justiniano se debe interpretar con rigor, respetando¹¹³ más bien, reproduciendo sus palabras. Los mismos magistrados, prefectos de la ciudad, o presidentes –según el lugar–, o el mismo sacerdote, los mismos primados, intervendrán en un caso o en otro; ha lugar los mismos juramentos. Para Bonfante, en el derecho Justiniano, la constitución de los curadores estaría regulada en los mismos términos que la constitución de la tutela, cuestión que resulta convincente.

3.9 EXTINCIÓN DE LA *CURA FURIOSI*

En cuanto al fin de la curatela, hay que decir que la curación de los locos pone fin a la *cura*. En este sentido:

D. 27, 10, 1, pr *Ulp lib 1 ad Sab* (aunque se refiere también al que consume sus bienes destrozándolos y disipándolos –pródigo–): *[...] et tanndiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit; quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.*

En el derecho nuevo, como ya se ha dicho, el intervalo lúcido la suspende. Así en el C 5, 70, 6 [...] *sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire, et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt; [...]*¹¹⁴.

4. Conclusiones

1. La *cura furiosi* es una institución que surge para velar por los *furiosi*, dementes o *mente-capti*; es decir, tanto aquellas personas con una incapacidad total (locos), como aquellas que tenían intervalos lúci-

¹¹² Corso, I, apoyándose en la tesis que sustenta ARNO en *Arch., giur.*, 71, 1903, pp. 346 ss., al que cita en nota a pie 1, p. 655. Aunque SOLAZZI prefiere sostener que en realidad estamos ante un glosema, una alteración prejustiniana debida seguramente al amanuense al pasar los textos del *volumen* al *codex* a partir del siglo III.

¹¹³ Calcando, dice el autor.

¹¹⁴ Por su importancia considero necesaria la lectura de la ley 6 en su totalidad, pero, por su extensión, no reproduzco sino la parte que sirve para fundamentar la afirmación mantenida.

dos debían ser provistas de un curador (D. 50, 17, 40; 124, 1). El curador tenía que actuar siempre en nombre del incapaz, cuidando de su persona y administrando su patrimonio. De la misma manera que se habla de tutela y cotutela, puede hablarse según Varela de curatela y cocuratela¹¹⁵. Habrá que tener presente para resolver cualquier aspecto que se plantee, el tipo de curatela de que se trata (siguiendo el paralelismo antes trazado con la tutela), legítima, testamentaria o dativa, y el momento cronológico en que se plantee la cuestión, pues las soluciones pueden ser diversas. La tutela legítima comienza siendo un *ius*, la testamentaria un *munus fiduciarium*, o carga, y la dativa un *onus publicum*¹¹⁶. El tratamiento de las mismas tiene que ser diferente al menos en una primera época. La evolución de cada una de ellas, lenta, hasta llegar a convertir el cargo, sea cual sea su forma de nombramiento, en un *munus publicum*, con lo que en realidad se llegará a homogeneizar la regulación de todas las clases de tutela (como hace Justiniano)¹¹⁷. La doctrina sobre la tutela y la curatela ha estado sometida a una revisión histórica total por parte de la escuela italiana¹¹⁸. Ambas figuras tienden a asumir una cierta fisonomía común en el derecho clásico, hasta llegar a fundirse en un único instituto en la época romano-helénica, adoptando una única terminología, por lo que indistintamente se habla del tutor o del curator y del pupilo y del menor.

2. La tutela es la institución más arcaica, y la *cura* aparece como más reciente. La tutela es estrictamente un instituto familiar, mientras que la *cura* tiene diferentes aplicaciones y trasciende el derecho de familia y el derecho privado. La tutela aparece como un poder y un derecho a la vez que como una función ejercitada en interés de la persona necesitada de protección (*manus, potestas, ius*). La *cura* nace como un instituto sencillo, protector, con fines altruistas, y aunque es cierto que a veces surge exclusivamente en el ámbito patrimonial (hasta el punto de que puede hablarse de un *curator* de un patrimonio, sin que exista un sujeto), sin embargo, al hablar del tutor se presupone siempre la existencia de la persona sujeta.

3. Convendrá que se dé curador a los que estén en un estado de no poder atender a sus bienes o su persona; en cuanto a un orden de prelación a la hora de nombrarlo, Ulpiano afirma que no se debe dudar en nombrar al hijo curador del padre, a pesar de que Celso y otros juristas no piensan así, considerando que es indecoroso que el padre sea gobernado

¹¹⁵ VARELA, *De contutoribus*, cit., p. 4

¹¹⁶ VARELA, *De contutoribus*, cit., p. 5.

¹¹⁷ Prescindo, como dije, de la consideración de la tutela *mulierum*, porque aunque al igual que la tutela *impuberum* surge como un *ius*, decae y llega a desaparecer en el Principado. El tema es ampliamente tratado por diversos autores por lo que remito a su análisis, DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d.C.*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada y Departamento de Historia Antigua, sobre todo pp. 130-133; María J. CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid, 1972; S. SOLAZZI, «Studi sulla Tutela: Sulle tracce del tutor mulieris», en *Scritti di Diritto Romano III*, Napoli, 1960, pp. 93 a 103; BONFANTE, *Corso*, I, e *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Reus, Madrid, 1929, pp. 215-230, Nss. DL., voces «tutela» y «curatela».

¹¹⁸ BONFANTE, *Corso*, I, cit. El elenco de los estudios sobre la tutela, puede consultarse en nota a pie p. 551. Sobre todo, se encuentran recogidos en los volúmenes I y II de *Scritti*, de SOLAZZI, Napoli, 1955 y 1957, y PEROZZI, Milano, 1948. La bibliografía, por extensa debe consultarse allí mismo, por lo que remito a su lectura. La obra de RUDORFF, *Das Vormundschaftsrecht*, I-III, Berlín, 1921-1934, es una referencia obligada.

por su hijo. A esta afirmación responde Ulpiano que ya un rescripto del divino Pío ve oportuno que así se haga en el caso de que el hijo viviera con sobriedad, pues antes debería ser dado como curador de su padre, que un extraño. Así D. 26. 5. 12, pr. *Ulp lib 3 off Proc. His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem Proconsulem oportebit.*

«1. *Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare; quamvis enim contra sit apud Celsum et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit, patrem a filio regi, attamen Divus Pius Instio Celeri, item Divi Fratres rescripserunt, filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum.* Por la misma razón que es posible que sea curador del padre su propio hijo cuando aquel no puede atender sus bienes, lo mismo puede afirmarse en caso de que lo que no pueda es valerse por sí mismo.»

4. ¿Quién pide *curatores*? Hay que pensar que la persona más cercana al incapaz, es decir al loco, sería su madre o sus parientes más allegados.

En las Instituciones de Justiniano (I. 1.23) expresamente se dice:

«1. *Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores. Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto praetoris vel praesidis;* se dan curadores por los mismos magistrados que los tutores, pero no se da curador por testamento; mas el nombrado es confirmado por decreto del pretor o del presidente; por tanto estamos ante un sistema de autoridad. Se necesita del nombramiento por parte de la autoridad, el pretor (en la actualidad, el juez). Aunque Bonfante advierte que la curatela siempre era legítima¹¹⁹, ya que la testamentaria no era reconocida en las XII Tablas, creo que el fragmento anterior no le contradice.»

«3. *Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum. sed solent Romae praefectus urbi vel praetor, et in provinciis praesides ex inquisitione iis curatores dare.* A pesar de que los furiosos y los pródigos se hallan por la Ley de las XII Tablas bajo la curatela de sus agnados, en Roma, el prefecto de la ciudad o el pretor, y en las provincias los presidentes, suelen nombrarles curadores previa investigación.

4. *Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt;* también ha de darse curadores a los mentecatos, a los sordos, a los mudos, y a los que padecen por enfermedad incurable, porque no pueden bastarse para sus asuntos. En este fragmento parece que se están equiparando, en cuanto a tratamiento jurídico, esas situaciones que de suyo son bien distintas; no es lo mismo una persona falta de juicio que una que no oye o no habla. En cuanto a la enfermedad incurable, sin duda se está refiriendo a aquellas que mermen las facultades mentales, lo que hace pensar que los romanos consideraron que todos estos supuestos tenían en común la falta de capacidad de obrar, la imposibilidad de entender o de querer (y es seguro que procederían en su determinación, al estudio caso por caso) en suma, lo que hoy consideraríamos personas incapaces en sentido jurídico.

¹¹⁹ BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 643.

III. LA RECEPCIÓN

1. El Derecho romano en los territorios peninsulares

Es sabido que la etapa de dominación, influencia e incorporación del territorio peninsular a la República y posteriormente al Imperio Romano, duró en las distintas provincias en las que se articuló la Hispania y la Lusitania, seis siglos: del II a. C. al IV d. C. El derecho aplicable fue predominantemente el Derecho romano vulgar, denominado así por ser derecho clásico simplificado, con fuertes influencias de componentes populares y provinciales ¹²⁰.

La aplicación del Derecho romano, así como otras influencias provenientes de la metrópoli, como la lengua, las obras públicas, la organización administrativa en provincias, municipios y colonias, y la cultura clásica greco-latina, sirvieron entonces como elemento de cohesión de los territorios peninsulares. La caída del Imperio Romano de Occidente hacia el 476 d. C., supuso la instauración en el continente europeo de monarquías germánicas ¹²¹. En la península, los visigodos fueron, en gran medida, continuadores de los emperadores romanos, y su legislación aglutinó elementos germánicos, tradiciones locales y de Derecho romano; este último con carácter predominante ¹²².

En opinión de algunos autores ¹²³ durante la Edad Media, la ciencia dejó de buscar la verdad por medio del examen y la discusión, y la tolerancia individual fue reemplazada por una serie de irreducibles supersticiones. Se destruyeron públicamente los escritos aristotélicos, se prohibieron los estudios sobre Platón, y se erigieron estatuas a magos y adivinos. Considera Zilborg que la psicología y la psiquiatría fueron reconquistadas por el clero, pues se trata de una época en la que predominó la espada sobre la pluma, de ahí que el conocimiento y las ciencias buscara refugio tras los muros de los monasterios ¹²⁴. Como en la antigüedad, volvió a aparecer

¹²⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano y recepción del Derecho romano en Europa*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 215.

¹²¹ Los pueblos germánicos conscientes de la superioridad de la cultura romana tendieron a una progresiva romanización, que enriqueció su tradición cultural y sus costumbres e instituciones jurídicas. Considera la doctrina que es el Derecho romano vulgar, y no el Derecho clásico, el que fue asumido por los pueblos germánicos. Hoy se considera el Derecho germánico el segundo gran tronco —aunque a distancia del romano— del pensamiento jurídico europeo. En este sentido, véase, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano y recepción*, cit., pp. 213 a 215, y FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición romanística en la cultura Europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1992, pp. 17 ss.

¹²² Los territorios más romanizados fueron los colindantes con el Mediterráneo y en especial la Bética. Sobre el significado de Renacimiento jurídico medieval y la formación de un derecho común europeo, véase, FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición*, cit., pp. 15-37. También ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho romano*, I, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 59-66. Sobre los derechos existentes en la península y su aplicación y orígenes de un derecho propio del pueblo aragonés, véase DELGADO ECHEVERRÍA, *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, Alcrudo Editorial, Zaragoza, 1977, con constantes alusiones a las obras de Joaquín Costa e interesante bibliografía en pp. 241-247.

¹²³ Recuerdo que se trata de CABRERA y FUERTES, autores de *Psiquiatría y Derecho, dos ciencias obligadas a entenderse. Manual de Psiquiatría Forense* (obra que cito como *Psiquiatría y Derecho*), p. 18.

¹²⁴ ZILBORG y HENRI, *Historia de la Psicología médica*, Lib. Hachette, Buenos Aires, 1941.

un predominio de lo sobrenatural, y en este ambiente el enfermo mental o era considerado como un santo o como un poseso ¹²⁵. Se trata de un período de oscurantismo e intolerancia en el que todo lo científico-natural es repudiado, y así San Gregorio de Tours, en el año 594, consideraba la aplicación de las reliquias como una «medicación» muy útil para ahuyentar al «maligno» ¹²⁶. El exorcismo se convirtió en una práctica habitual y los encantamientos, preferidos incluso por la medicina oficial ¹²⁷. Se produjo un atraso en relación con los conocimientos y aplicación de los mismos en este campo, que ya había sido algo desarrollado por griegos y romanos. La psiquiatría fue excluida de la medicina, reapareciendo posteriormente con la denominación de Demonología. La Iglesia oficial sería la encargada de clasificar y observar los síntomas de la enfermedad mental, siendo prueba de ello los *stigmata diaboli* que siglos más tarde se conocerán con el nombre de histeria. Hasta el siglo XII los enfermos mentales eran considerados como herejes y el tratamiento habitualmente era el reservado para los mismos ¹²⁸.

La Edad Media se caracteriza en España ¹²⁹, por los fueros (de base germánica y romana) y las Partidas ¹³⁰. Elementos de derecho romano y de derecho canónico fueron los configuradores del llamado *Ius commune* de aplicación en Europa ¹³¹, cuya presencia en nuestros días se hace palpable tanto a través de los códigos, como de la legislación no codificada.

¹²⁵ Recuérdese en este sentido sobre el origen divino de la *Furiae*, cit. por DILBERTO, *Studi*, pp. 28 a 33; por BONFANTE, *Corso*, I, p. 646, y los textos de CICERÓN, *Nat. deorum* 3, 18, 46, y VARRÓN, *De lingua lat.*, 7, 45, y todo lo mencionado al respecto en la primera parte relativa al Derecho romano.

¹²⁶ Citado por CABRERA-FUERTE, *Psiquiatría y Derecho*, p. 19.

¹²⁷ Véase si se quiere sobre estos aspectos, y dentro de la literatura no jurídica, de N. GORDON, *El médico*, y para una época algo posterior, del mismo autor, *El último judío*, y de M. YOURCERNAR, *Opus nigrum*, Alaguara, Barcelona, 1988.

¹²⁸ Véase de M. DELIBES, *El hereje*, Ed. Destino, 15.ª ed, Barcelona, 1998, y de M. YOURCERNAR, *Opus nigrum*, cit.

¹²⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público*, cit., p. 229. Sobre los aspectos relacionados con la difusión de la cultura romanística en los reinos de la España medieval, véase por su extensión, FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición romanística*, cit., pp. 25 a 37 y 42 a 46, y del mismo autor, *Derecho común y derechos nacionales en la tradición jurídica europea*, La Coruña, 1991, pp. 37 ss. También por su originalidad en el tratamiento de este tema, P. STEIN, *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Siglo Veintiuno de España Ed., Madrid, 2001.

¹³⁰ Sobre la formación de un sistema de derecho común romano-canónico por obra de la Jurisprudencia, FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición*, cit., pp. 30 ss. El Derecho romano comienza a ser estudiado como disciplina autónoma (hasta entonces estudiado a nivel elemental dentro de las disciplinas del *Trivium*) a partir de los estudios impartidos por la Escuela de Bolonia, fundada a finales del ssglo XI, con base en la primera recomposición filológica del *Digesto* (*Littera Bononiensis*, también llamada *Vulgata*). Desde otro punto de vista, la adopción del Derecho contenido en el *Digesto* sirvió para la construcción y desarrollo del Derecho canónico, que con el Decreto de Graciano, en 1140-1142, fue objeto de una primera ordenación. Por tanto, es la interrelación entre los Derechos romano y canónico (*utrumque ius*) en la Alta Edad Media, la que hace surgir una cultura jurídica común en ese momento, que refleja también la identidad básica de orden ético-social, que comparte el conjunto de los pueblos europeos. También KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, traducción española, Madrid, 1955, pp. 17 ss.

¹³¹ Formado por elementos romano-canónicos y escogido voluntariamente por los pueblos en consideración a su superioridad, tal y como expresa STEIN en *El Derecho romano*, cit., y FERNÁNDEZ BARREIRO, *La tradición*, cit., p. 27.

2. Del Derecho romano a las Partidas

Desapareciendo el sistema romano caracterizado por la dualidad tutela curatela, fue sustituido por una institución tutelar de inspiración germánica, ya que fue este el sistema que informó nuestro Derecho gótico o nacional, que apareció reflejado en los Fueros Municipales, Fuero Viejo y Fuero Real¹³². Sus rasgos característicos fueron:

1.º La existencia de una sólo institución de guarda o tutela. No admitiéndose más guardaduría que la tutela legítima.

2.º El desempeño del ejercicio activo de la tutela por parte de los parientes más próximos de forma conjunta, admitiéndose posteriormente la delegación en uno de ellos, si bien sin dejar de tener la familia un cierto poder de intervención.

3.º Desconocimiento de la tutela testamentaria.

Sin embargo, el sistema resultaba insuficiente e imperfecto, y en ningún modo protector del tutelado que quedaba, en ocasiones, desamparado, razón suficiente para cambiar el rumbo de la institución tutelar, abandonándose el sistema de nuestros fueros tal y como se hizo en las leyes de las Siete Partidas.

En el siglo XII se constata la presencia en Bolonia de canonistas castellanos y leoneses, que posteriormente regresaron a España¹³³, juristas por tanto, de formación romano-canónica que intervinieron en la obra legislativa de Alfonso X: Las *Siete Partidas*. Promulgadas en el año 1265, son expresión viva del Derecho castellano basado en el *Ius Commune*. Desde el punto de vista de la política del Derecho, representaron una temprana afirmación de la potestad legislativa soberana del monarca para propiciar la unificación jurídica del reino. Recibieron fuerza legal para ser invocadas como derecho común subsidiario con el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, que constituye la versión oficial del texto sancionado por Alfonso XI¹³⁴.

Hechas estas consideraciones con objeto de no dar un salto en el tiempo (el derecho es siempre producto de la evolución de los pueblos además de otros factores¹³⁵), se puede proceder a examinar si en el Código de las Siete Partidas hay alguna referencia en relación con el tema que nos ocupa¹³⁶. De

¹³² En palabras de Carmen MORENO-LUQUE, «¿Tutela de familia o tutela de autoridad?», en *La Ley*, 1985-2, p. 1297.

¹³³ La tradición universitaria se inicia con las Universidades de Salamanca (1218) y Palencia (1220), a las que siguen las de León y Valladolid, pero sólo desde mediados del siglo XIII, con Alfonso X, se incorpora la enseñanza del *Corpus Iuris* (Cuerpo de Derecho civil, llamada así *C. I. Civilis* desde 1583 por Dionisio Godofredo por contraposición al *C. I. Canonici*), junto al Derecho canónico.

¹³⁴ Hay que recordar, sin embargo, que la recepción romanística en Castilla tuvo ya su primer momento de manifestación en el año 1255 con el *Fuero Real* y el *Espéculo*.

¹³⁵ «La lucha [...] el trabajo sin descanso [...], el razonamiento [...], la ciencia [...], el derecho será el eternamente mudar; así lo que existe debe ceder pronto su puesto al nuevo cambio [...]. El Derecho considerado en su desenvolvimiento histórico nos presenta, pues, la imagen de la investigación y de la lucha [...]» IHERING, *Introducción de La lucha por el Derecho*, Doncel, Traducción de A. Posada, ed. de 1976, Madrid, 1976, pp. 46, 48, 50 a 52, y FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, cit., p. 213.

¹³⁶ Referencias a la enfermedad mental ya se encuentran en el Decreto de Graçiano, en concreto al hablar de las razones por las que un cónyuge puede abandonar al otro con justa causa, para establecer normas a propósito del deber de cohabitar los cónyuges. Este deber queda suspendido en virtud de una enfermedad grave (piénsese en la enfermedad mental y la lepra que era común en la época), y sirve de base para

manera general, cabe decir en palabras de Mouton y Ocampo¹³⁷ que la curatela en el Derecho civil español no tuvo ninguna importancia, siendo desconocida en todos los cuerpos legales anteriores a las Partidas, y si en estas aparece desenvuelta, fue debido exclusivamente al plan seguido por el Rey Sabio en dicha Recopilación de transcribir casi íntegramente la legislación contenida en el Derecho romano.

Es posible que los juriconsultos eminentes que tomaron parte en la ordenación del Código de las Siete Partidas se hubieran formado en la Universidad de Bolonia, donde ya en 1265 se había creado un Colegio español debido a la afluencia de estudiantes españoles entusiasmados por la cultura del Derecho que dimanaba de las Compilaciones de Justiniano¹³⁸. De regreso a la Península, recibirían honores, mercedes y cargos¹³⁹.

configurar una de las causas de separación matrimonial *manente vínculo* (si bien con carácter restrictivo), y que luego ha pasado a constituir dentro del elenco de causas previstas por el CC en materia de separación matrimonial y divorcio, base para solicitarlo. En concreto, el artículo 82 CC actual, en su redacción dada por Ley 30/1981, de 7 de julio, causa cuarta: [...] o las perturbaciones mentales siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia. También sobre ello se recomienda la lectura de LÓPEZ ALARCÓN, «Nulidad, separación y divorcio por causa de perturbación psíquica, alcoholismo y toxicomanía», en *La Ley*, 1982-1, pp. 867 ss. Para un tratamiento más extenso del tema y jurisprudencia abundante, puede consultarse mi trabajo. *Las causas de separación matrimonial en el Derecho comparado y en el Derecho español. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pp. 82 a 87 para el Derecho antiguo, y pp. 426 a 450 para el actual.

¹³⁷ Voz «Curatela», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Ed., t. VI, Barcelona, 1954, p. 168.

¹³⁸ Piénsese que a pesar de las invasiones bárbaras a principios del siglo VI, las antiguas leyes romanas prevalecieron sobre sus leyes y costumbres, si bien dejaron que en el orden civil cada pueblo eligiese la ley por la que había de regirse. El Derecho romano quedó reducido a la condición de Derecho personal. Para un examen más profundo de todo lo que aconteció, véase de POU Y ORDINAS, *Historia Externa del Derecho Romano*, 3.ª ed., Barcelona, 1934, pp. 259 a 267 y 238 a 240. Hay que recordar que en España, sometida al poder de los visigodos, regía el Breviario de Alarico, donde se había compendiado la legislación romana vigente en el momento de su formación, y declarada solemnemente Ley obligatoria. Hacia el año 506 (unos treinta años antes que Justiniano redactase sus vastas recopilaciones) fue prohibido bajo severas penas, que nadie en los sucesivos alegase ante los tribunales regla alguna de derecho que no estuviese en aquella contenida. Estuvo en vigor hasta mediados del siglo VII, época en que los reyes Chindasvinto y Recesvinto promulgaron la ley territorial de los visigodos conocida con el nombre de *Fuero-Juzgo* (corregido y aumentado fusionaba los dos elementos romano y germánico que hasta entonces marchaban con independencia) por el que habían de regirse todos los españoles sin distinción de raza (cfr. con la *Ley de los Visigodos*, II, 1, C. 9 y C. 10, Haenel, Leipzig, 1848, reproducción de 1962). El *Fuero Juzgo* como ley única continuó siendo Derecho vigente hasta después de la invasión árabe, por lo que el estudio del Derecho romano debió entrar en franca decadencia si tenemos en cuenta las circunstancias de la época (la reconquista, y la concesión de los fueros municipales). Sobre la compilación alaricana, véanse por su interés las páginas 265 a 267 de *Historia Externa*, cit., y ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso* I, pp. 42-43 y 59-66.

Iniciado en Bolonia el estudio de las Compilaciones de Justiniano, resurge en España el afán por el conocimiento de ese Derecho.

¹³⁹ En palabras textuales de POU Y ORDINAS, «Serían colocados en las dignidades, judicaturas y cátedras, que no tardaron en abrirse en nuestras universidades, para que pudieran enseñar en ellas la renacida ciencia del Derecho romano», *Historia Externa*, cit., p. 339.

3. La protección del discapacitado en el Código de las Siete Partidas

En *Las Siete Partidas* de Alfonso X aparecen leyes sobre la locura y su importancia judicial¹⁴⁰. En concreto, la Partida Sexta¹⁴¹, Ley XIII, dice textualmente:

Curatores fon llamados en latin, aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorze años, e menores de veynte e cinco años, feyedo en fu acuerdo. E aun alos q fueffen mayores, feyedo locos o defmemoriados. [...] q el curador no deve fer dexado enel testamento, pero fi fuere y puefto, e el judgador entendiere q es a pro del moço, deve lo confirmar [...].

La diferencia, entre la curatela y la tutela, estaba reducida en las Partidas al hecho de que la primera proveía a la defensa y guarda de los varones de catorce años, de las hembras mayores de doce y de los dementes, mentecatos, pródigos, mudos, sordos y desmemoriados, habiéndola extendido después los jurisconsultos a todas las personas que por perpetua enfermedad no podían atender a la administración y guarda de sus bienes¹⁴².

De la lectura atenta de la Partida Sexta íntegramente, se desprenden los principios básicos de la institución tutelar contenidos en este cuerpo legal:

1.º Tutela unipersonal, aunque excepcionalmente se admitiese la pluralidad de tutores cuando había varios parientes en el mismo grado de parentesco.

2.º Distinción entre tutela y curatela. Ambas instituciones se daban para la persona y los bienes del pupilo menor o incapacitado, pues para ambos fines, guarda personal y patrimonial, se constituían.

3.º Reconocimiento de tres clases de tutela: testamentaria, legítima y dativa.

Pero una cosa era la protección dispensada al loco por medio del curador, recogida en el Derecho de la época, y otra las consideraciones sociales, e ideológico-filosóficas que existían en esos momentos sobre tales personas. Así, en el Renacimiento, el libro *Malleus Malleficarum*¹⁴³ recoge la postura mencionada anteriormente. El diablo era el causante de la melancolía. Pecado era equivalente a enfermedad mental. Fue a mediados del siglo xvi cuando comenzó a desarrollarse un movimiento crítico ante los abusos de la

¹⁴⁰ Como curiosidad, decir que también se recogen aparte de diversas materias, leyes relativas a la nulidad matrimonial por impotencia, partos fuera de tiempo, la virginidad, el hermafroditismo y la responsabilidad médica, que hasta entonces sólo habían sido contemplados en el Derecho canónico.

¹⁴¹ *Las Siete Partidas*, glosadas por Gregorio López, impreso por Andrea de Portonaris, Salamanca, 1555, edic. facsímil del BOE, Madrid, 1974. Sobre el valor de este código que ocupa un lugar prominente entre las normas de derecho positivo casi hasta nuestros días, véase nota del editor y notas a pie 26 ss. hasta el final.

¹⁴² MOUTON Y OCAMPO, «Curatela», cit., p. 169.

¹⁴³ Sus autores, los dominicos SPRENGER y KRAEMER lamentablemente se convirtieron en una muestra de lo que brutalidad de la mente humana puede llegar a desarrollar. Redactado en 1487, fue reproducido en 29 ocasiones, la última de ellas en 1669. Sus teorías sirvieron de argumento para la llamada «caza de brujas» [...] «toda brujería proviene de la concupiscencia carnal que en la mujer es insaciable [...]». Piénsese que la última bruja ejecutada en Alemania lo fue en 1775 y en Suiza en 1782. Estos aspectos y otras curiosidades están recogidos por ZILBORG en su *Historia*, cit.

aplicación de estas teorías¹⁴⁴, y surgió el antecedente de lo que podemos llamar la moderna Psicología. Los autores consideran por primera vez el origen natural de la enfermedad mental¹⁴⁵. Se comienza a hablar del enfermo del espíritu por contraposición del enfermo físico¹⁴⁶, y la literatura refleja por vez primera la situación de algunas de esas personas y los tratamientos que les son aplicados¹⁴⁷.

4. La Codificación en España

La curatela, subsistió en España a través de todos los cuerpos legales posteriores a las Partidas, hasta la publicación de las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881 que establecieron las últimas reglas del Derecho anterior al Código Civil para el nombramiento de curadores, modificando y completando la doctrina contenida en las Partidas¹⁴⁸. Sobre la evolución histórica que sufrió la tutela a la par que la curatela, la profesora Sesma se ha referido extensamente¹⁴⁹. Los antecedentes de la unión de tutela y curatela son descritos por Peset Reig¹⁵⁰. El movimiento codificador patrio, en un primer momento (Proy. de CC de 1821 y 1851) mantuvo la dualidad tutela-curatela para luego unirse ambas figuras en el código de 1889. El proyecto de CC de 1851 conservó la institución de la curaduría ejemplar (que es la que nos interesa en el presente estudio, por su relación con la protección jurídica del discapacitado psíquico), que otorgó al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes, pero el CC de 1889 consideró que no existía razón que justificara la subsistencia de una distinción conservada a través de los siglos entre la tutela y la curatela dada la identidad

¹⁴⁴ Rudolf GOECKEL, en 1590, empleó por primera vez la palabra Psicología. A partir de ella comienza su desarrollo por parte de diversos autores, entre los que destacan Bacon y el español Luis Vives.

¹⁴⁵ Weyer (1515-1588) está considerado como el primer psiquiatra de la historia, CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y derecho* p. 20. Recuérdese que ya se había referido al enfermo mental CICERÓN en *Tusculanas*.

¹⁴⁶ Las consideraciones que hace sobre el tratamiento del mismo Concepción ARENAL, de carácter comprensivo, aunque en época decimonónica, merecen ser consultadas, por lo que remito a la lectura de la autora, *Obras completas*, t. I, «El visitador del pobre». «La beneficencia, la filantropía y la caridad». De los enfermos de espíritu», ed. Atlas, Madrid, 1993, pp. 59 ss.

¹⁴⁷ Además de los ya citados, y a modo de ejemplo, CARRILLO DE ALBORNOZ, en *La cautiva de Tordesillas*, que narra la reclusión de Juana la loca. Ch. BRONTE, en *Jane Eyre*, relata la ocultación y el misterio en torno a una dama de alcurnia en las dependencias más alejadas de un tétrico castillo. GOETHE, *Los sufrimientos del joven Werther*, Sarpe, Madrid, 1985, cuya única salida ante la pasión amorosa no correspondida es el suicidio. En la actualidad, DELIBES, en *El hereje*, etc.

¹⁴⁸ MOUTON Y OCAMPO, «Curatela», cit., p. 169.

¹⁴⁹ Por lo que remito a María Victoria SESMA URZAIZ, «La estructura de la tutela: su evolución histórica», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, julio 1985, pp. 9 a 40, tanto por su claridad expositiva y exhaustividad, como por su conexión con la curatela, es un referente obligado. Para las particularidades y clasificación de la curatela en la LEC de 1881: *ad bona*, *ejemplar* y *ad litem* o para pleitos, véase la misma autora, *op. cit.*, o las colecciones legislativas civiles y procesales anteriores al Derecho vigente directamente, también, MOUTON Y OCAMPO, «Curatela», cit., p. 169.

¹⁵⁰ En *Revista Cúdice de Derecho Inmobiliario (RCDI)* XLVII/1, 1971, p. 303, y cit. por María Victoria SESMA en «La estructura...», cit., pp. 9 ss.

del objeto de ambas instituciones¹⁵¹, por lo que refundió en una sola las dos creaciones cuasi familiares, suprimiendo la curaduría, y reglamentando y desarrollando la tutela bajo bases muy amplias y firmes, según la doctrina de la época¹⁵². Por tanto, asimilación de la tutela y la curatela, siendo tuteladas también las del loco y la del pródigo. De este modo, la curaduría del loco se vio sustituida por la tutela correspondiente.

Resumiendo, en cuanto al Derecho histórico, cabe decir en palabras del profesor De los Mozos que si bien la influencia romana en el Derecho moderno es indiscutible, la organización romana de la tutela no ha pasado al Derecho moderno con la pureza de otras instituciones¹⁵³. Por su parte, en el artículo 287 CC actual (reforma de 1983), además de volver a escindirse ambas figuras, se distingue la curatela de los emancipados y beneficiarios de la mayoría de edad, de la curatela de los incapacitados con incapacidad parcial y la de los declarados pródigos¹⁵⁴. Es en todo caso a este segundo supuesto¹⁵⁵ al que hay que hacer referencia (con matizaciones) si lo que buscamos es una aproximación en parte con la *cura furiosi* del Derecho romano¹⁵⁶: a la curatela de los incapacitados con incapacidad parcial.

III. EL PRESENTE

1. Delimitación del tema

Siendo, por su naturaleza, la tutela, una institución familiar (en la que intervienen factores de orden público), y, por su finalidad, una institución de guarda, cuidado de la persona y gestión del patrimonio, en el caso de existencia de la patria potestad, se acude a las reglas previstas para su ejercicio¹⁵⁷

¹⁵¹ Sobre las razones de la unificación de la materia de tutela, véase María Victoria SESMA, «La estructura...», cit., y LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo, Edr., t. IV, Jaén, 1978.

¹⁵² Baste citar por todos a MOUTON Y OCAMPO, *Curatela*, cit., p. 169.

¹⁵³ J. L. DE LOS MOZOS, en CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. 2, 8.ª ed., Madrid, 1966, p. 280 [...], por el contrario, se han sobrepuesto y han triunfado sobre ella los sistemas tutelares nacidos en el Derecho consuetudinario francés y en los Derechos germánicos, los cuales ponen sobre la persona del tutor un órgano de alta dirección y vigilancia de la tutela, desconocido del Derecho romano, y constituido por una asamblea de parientes en el sistema francés y por un tribunal especial de tuteladas en el sistema germánico [...].

¹⁵⁴ Los pasos que han llevado hasta esta regulación están claramente descritos por María Victoria SESMA, «La estructura», cit. a lo largo de sus páginas.

¹⁵⁵ Para el que sin duda estaba prevista la *curatela ejemplar* (llamada así la establecida por razón de incapacidad para todos los incapacitados física o moralmente, cualquiera que fuese su edad) de nuestro derecho histórico antes de la redacción del CC de 1889.

¹⁵⁶ En el Derecho actual se va a hablar de curatela, para los casos de graduación de la incapacitación. En concreto, GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, sept. 1-1984, p. 802, considera que es adecuada esta figura para el caso de los deficientes poco profundos.

¹⁵⁷ SANCHO REBULLIDA en «Tutela e instituciones afines», t. III de la obra *El nuevo régimen de la familia*. VV. AA.: LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ, p. 48 (de ahora en adelante al referirme a este apéndice, o tomo III, lo haré del modo siguiente: SANCHO REBULLIDA, *Tutela e institucio-*

tras la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma de la tutela en el CC. Voy a tratar algunos aspectos relacionados con la protección jurídica del discapacitado no sometido a patria potestad; en concreto, de la necesidad de declaración de incapacidad y de la posibilidad de graduación de la tutela.

2. Las personas que no pueden gobernarse a sí mismas

Según Sancho Rebullida, el reto principal que tenía que atender la reforma era la de la tutela del llamado subnormal¹⁵⁸. El CC regulaba unitariamente la tutela de los locos o dementes (en el antiguo art. 200.2) junto con la de los sordomudos que no supieran leer y escribir, en la sección segunda del capítulo III del título IX, artículos 213 a 220. A tenor del artículo 218, se desprendería que la declaración de incapacidad debería hacerse sumariamente, y la que se refería a sordomudos fijaría la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquellos, por lo que la doctrina mayoritaria entendió *contrario sensu*, que la tutela de los locos o dementes no admitía graduación¹⁵⁹ debido a que el Código no admitía diversificaciones de la enfermedad o deficiencia mental. Sin embargo, ya en 1947 la jurisprudencia del TS marcó un hito en la interpretación y aplicación de los preceptos anteriores¹⁶⁰ ya que postulaba la tesis de graduabilidad de la incapacitación y la consecuente tutela de los subnormales, en cuanto débiles o retrasados mentales. Postura a su vez recogida en las Memorias que eleva anualmente la Fiscalía del Tribunal Supremo, en este caso las correspondientes a los años 1948 y 1952. También fue mantenida por las sentencias de 25 de marzo de 1961, 7 de abril de 1965 y 6 de febrero de 1968 y esgrimida a partir de entonces casi unánimemente por la doctrina¹⁶¹. Este giro jurisprudencial y la subsiguiente polémica doctrinal que surgió sirvieron para evidenciar que la sociedad de aquellos años contenía (¿escondía?) un gran número de personas no sujetas a patria potestad y que sin embargo no podían gobernarse por sí mismas, pero a las que la moderna Psiquiatría rehusaba calificar como locos o dementes. Personas subnormales que no constituían un bloque uniforme de incapacidad natural¹⁶².

nes afines). Por ejemplo, se hace extensiva la patria potestad prorrogada a todas las causas de incapacitación del hijo.

¹⁵⁸ SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, p. 42.

¹⁵⁹ Entre otros, VILAR BADIA y BERCOVITZ, cit., por SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 42.

¹⁶⁰ Me refiero a la STS de 5 de marzo de 1947, cuyo extracto es transcrito por SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, en las páginas 42 a 44. También lo refiere LACRUZ en *Elementos de Derecho civil*, I, pp. 148 y 149.

¹⁶¹ Sentencias citadas por SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 44, y LACRUZ, *Elementos*, I, cit. A pesar de ello, se oyeron voces discrepantes como las de DE CASTRO. Pueden verse sus argumentos en «Incapacitación del imbécil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1948, pp. 294 ss. que fueron refutados uno a uno por ROGEL VIDE, *Estudio para la reforma de los preceptos del CC relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977, pp. 214 ss., y también por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, «La incapacitación de los locos y dementes: ¿es susceptible la graduación en nuestro Derecho positivo?», en *RGLJ*, 1967, pp. 213 ss.; CARRETERO, *La problemática de los subnormales en España*, Madrid, 1977, pp. 98 ss., autores y obras también cit. por el mismo Sancho Rebullida, el cual, sin dejar de estar de acuerdo en parte con De Castro, califica la tesis del TS como encomiable y progresiva, conduciendo a soluciones convenientes y equitativas (*op. cit.*, p. 45).

¹⁶² Como más adelante se verá, es incluso difusa su frontera con la normalidad; son muy variadas las categorías que se incluyen en esa posible clasificación, lo que necesariamente influirá en el grado de incapacitación, y, por tanto, en la amplitud de la tutela a que se les deba someter.

Hacia 1975, el Patronato de Ayuda a Subnormales, de la Fundación General Mediterránea, encomendó al profesor DIEZ PICAZO la dirección de un estudio sobre la tutela de los subnormales. En 1977, dicha fundación, en colaboración con el Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM), publicó las conclusiones del equipo de trabajo¹⁶³, en forma de texto articulado, que constituyó un anteproyecto privado de modificación del CC en materia de incapacitación y tutela, antecedente inmediato de la reforma llevada a cabo en 1983. En él se sustituye el sistema de unidad de guarda y el de tutela familiar por el de pluralidad de guarda y por el de tutela judicial, respectivamente; se incluye la patria potestad prorrogada, después acogida por la Ley de 13 de mayo de 1981¹⁶⁴, y se tienen muy presentes las reformas del Derecho comparado, en especial la francesa de 1964¹⁶⁵. En nuestro país (ese mismo año de 1983), se creó en Guipúzcoa la primera Fundación Tutelar a favor de las personas con deficiencia mental¹⁶⁶.

3. De la protección prevista en el CC

Que los menores puedan ser incapacitados ya no ofrece duda a tenor del nuevo artículo 201, siempre que concurren dos requisitos: que exista causa (las del art. 200) y que se dé una previsión o pronóstico razonable de que la causa persistirá cuando alcancen la mayoría de edad. En este supuesto la tutela no entra en juego, pues se mantiene la patria potestad por ser menores¹⁶⁷ y se prorroga por ministerio de la ley (art. 171) al alcanzar la mayoría

¹⁶³ Se trataba del *Estudio para la reforma de los preceptos del CC relativos a la tutela*, firmado por los catedráticos DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS, CAFFARENA, todos ellos profesores del Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid (SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 27, nota 8, y p. 46, nota 30. También I. SERRANO GARCÍA en «Prólogo» a VV. AA., *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*, p. 13.

¹⁶⁴ Donde también están impresos los principios de la Constitución de 1978, que se examinarán más adelante.

¹⁶⁵ Para el estudio del Derecho comparado, véase GARCÍA CANTERO, «Estudio comparado de la tutela», en VV. AA., *I Congreso Regional*, pp. 85 a 119.

¹⁶⁶ A partir de entonces no ha cesado el incremento de fundaciones tutelares a lo largo y ancho de España, lo que hace que en 1995 se constituya la Asociación Española de Fundaciones Tutelares (I. SERRANO GARCÍA en «Prólogo» a VV. AA., *I Congreso*, p. 13).

¹⁶⁷ De la misma manera que en Derecho romano el púber discapacitado mentalmente, o *furiosus*, que sea *alieni iuris*, estará sometido a la *patria potestas* del *pater familias*. Sólo si es *sui iuris*, surge la *cura furiosi* por parte de los *agnati proximi* (parientes varones por línea paterna que estén en grado más próximo, pudiendo ser varios tal y como afirma VARELA, *De contutoribus*, cit.). Púberes son propiamente los que han alcanzado el desarrollo físico que los hace aptos para procrear, al cual se presume que va unido un suficiente desarrollo intelectual. El impúber *sui iuris* era colocado bajo la protección de un tutor y llamábase pupilo. Dentro de los impúberes se distinguió *ab antiquo* los infantes, *qui fieri non possunt* (hasta los siete años) de los próximos a la infancia (de siete a diez años) y los próximos a la pubertad (hasta los catorce si es varón o doce si es hembra, según la teoría proculeyana). La capacidad de obrar del infante es absolutamente nula. En cambio, el impúber que ha pasado la infancia no puede naturalmente contraer matrimonio y tampoco hacer testamento, pero puede realizar válidamente los demás actos jurídicos, siempre y cuando su voluntad sea integrada por el consentimiento del tutor (*auctoritas tutoris*). En cuanto a la curatela, esta es una institución que encuentra su iniciación en las XII Tablas, casi como una sustitución de la tutela en orden a los varones púberes, pero furiosos. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, traduc. de la 8.º ed., Edit. Reus, Madrid, 1929, pp. 55 y 56, 216 y 230.

de edad ¹⁶⁸. Pero también existen otra serie de personas que pueden resultar incapacitadas: las personas que padecen enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que se ven impedidas para gobernarse a sí mismas, y que no están sometidas al régimen de cuidado que les otorga la patria potestad. Según el artículo 215 del CC: La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los (menores o) ¹⁶⁹ incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante:

- 1.º La tutela.
- 2.º La curatela
- 3.º El defensor judicial.

La tutela se caracteriza por ser un órgano estable, de actuación habitual, cuya finalidad esencial consiste en suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella sin estar sometido a la patria potestad ¹⁷⁰. Por tanto, se establece para los menores no emancipados cuando por cualquier causa no están sometidos a la patria potestad (supuestos del art. 222.1) y para los incapacitados al cesar la patria potestad prorrogada. Además de para las personas declaradas incapacitadas por sentencia, cuando en ella así se establezca (art. 222.2). En caso de no ser necesario suplir la capacidad de obrar sino sólo completarla en aquellos casos en que la ley lo requiera, se establece la curatela, que aunque también es un órgano estable su actuación no es habitual ¹⁷¹. En estos casos, el sometido es capaz de obrar, actúa por sí solo, pero, en ocasiones, la ley requiere un complemento de capacidad que viene representado por la intervención del curador ¹⁷². No comprende pues la representación del sometido, sino tan sólo un complemento de su capacidad ¹⁷³. En el caso del incapacitado, deberá prestar su asistencia en los casos previstos en que así lo determine la sentencia o en su defecto, la ley (supuestos de los arts. 288 y 289, en relación con el 298 y 287, respectivamente, y art. 290 en relación con el 287, 271 y 272). Por su parte, el defensor judicial no es un órgano habitual, ni estable, pues está previsto que sustituya al representante legal (padres o tutor) cuando exista conflicto de intereses entre estos órganos y el (menor o) ¹⁷⁴ incapacitado sometido a ellos ¹⁷⁵. Por otra parte, el Código atribuye la representación y defensa de la persona que

¹⁶⁸ SALINERO, *La delación y ejercicio de la tutela por persona jurídica*, en VV. AA. *I Congreso*, p. 138.

¹⁶⁹ El paréntesis es mío; quiero recordar que sólo me ocuparé de ellos en los supuestos en que no estén sujetos a patria potestad, o patria potestad prorrogada.

¹⁷⁰ SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, p. 58.

¹⁷¹ SANCHO REBULLIDA, *idem*, p. 59.

¹⁷² Véanse los supuestos previstos en los artículos 288 y 289 CC.

¹⁷³ Recuérdese tal y como se observa en la primera parte de este estudio, que en Derecho Romano, para ambos casos, suplir o complementar, interviene la misma figura, el *curator furiosus*, que en unos casos actúa interponiendo su autoridad, *consensus curatoris*, y en los otros, como un gestor de negocios, *negotiorum gestio* (U. ÁLVAREZ SUÁREZ, «Instituciones de Derecho romano III», *Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977*, p. 176).

¹⁷⁴ Vuelvo a poner paréntesis por las razones antes aludidas. El estudio del tema de la protección jurídica del menor (tanto el no sometido a patria potestad por haberse esta extinguido según los supuestos de los artículos 169 y 170, como los que se hallen en situación de desamparo) puede llegar a ser apasionante, pero no es objeto de este estudio, sí lo es el de la protección jurídica del menor discapacitado en virtud de sentencia, ya que está comprendido dentro del concepto general de discapacitado, limitación a la que desde el principio me he visto obligada, a sabiendas de que de otro modo el tema excedería el objeto de nuestro estudio.

deba ser sometida a tutela, en tanto no hay resolución judicial al respecto, al Ministerio fiscal, y la de sus bienes a un administrador¹⁷⁶.

Según el artículo 216, las funciones tutelares, constituyen un deber, pues se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. Como la patria potestad¹⁷⁷, la tutela constituye según Sancho Rebullida un *officium*¹⁷⁸.

4. Sistema mixto en relación con el sistema de tutela imperante en nuestro ordenamiento o el viejo dilema entre tutela de familia-tutela de autoridad

Una vez habida sentencia de incapacitación¹⁷⁹, surge la necesidad de constituir la tutela. Como se ha dicho aquí repetidas veces, la tutela es para-

¹⁷⁵ SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, p. 59.

¹⁷⁶ Entiéndase que se está dando por supuesto que se haya en trámite la incapacitación judicial de una persona. Para los casos en que no se estuviera tramitando, la ley prevé la guarda de hecho. De esa manera se pretenden dar protección a todos aquellos que por su situación la necesitan (arts. 303, 304).

¹⁷⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Secc. de Publicac. Univ. Complutense, Madrid, 1989, pp. 505 a 507, al tratar de la patria potestad considera (alejándose de otras posturas) que más que un derecho subjetivo es un poder-deber, es decir, un poder que el Derecho confiere como presupuesto indispensable para el cumplimiento de un deber (el deber de amparo y educación) [...], y p. 554 [...]. Si las instituciones tutelares fueran potestades (en el sentido de medios instrumentales para realizar una función) en vez de derechos subjetivos, los encargados de la tutela, serían funcionarios [...].

¹⁷⁸ SANCHO REBULLIDA, *La tutela e instituciones afines*, p. 62. Sobre el sentido romano del término, GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, p. 259. Sobre si es un *officium* o un *munus publicum*, carga o deber, véase IGLESIAS, *Historia e Instituciones*, p. 544, y ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso*, I, pp. 153-158.

¹⁷⁹ A sabiendas de que los efectos de la incapacitación surgen a partir de que la sentencia que la declare sea firme (en este sentido, GORDILLO, en «Comentario a la STS de 1 de febrero de 1986», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, CCJC, núm. 10, enero-marzo 1986, p. 3412: [...] Aunque la incapacitación es relevante en sí misma, el mecanismo completo y general de protección del incapaz necesita de la intervención y del pronunciamiento judicial [...], sólo entonces se opera su tránsito del estado jurídico de persona capaz al de incapaz. Ello no obsta a que los actos realizados por el enfermo mental no constituido incapaz puedan ser recurribles de ineficacia o anulabilidad por los mecanismos previstos para ello en el CC [...]. Sobre ellos trata el Prof. DELGADO ECHEVERRÍA en su «Comentario a la STS de 4 de abril de 1984. Enfermedad mental: invalidez de actos de enfermo mental no incapacitado. Inexistencia, nulidad, anulabilidad, legitimación activa. Presunción», CCJC, núm. 5, abril-agosto 1984, pp. 1569-1579. Una atenta lectura de los principios constitucionales nos lleva a afirmar que la situación de incapacitación se pretende transitoria. Los poderes públicos deberán posibilitar la recuperación del enfermo (no obstante, su limitación en muchos casos podrá ser para siempre). La sentencia podrá ser modificada si cambia la situación (estado de forzosa provisionalidad que tiene como objetivo precisamente la recuperación de la capacidad perdida, en palabras de VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales», VV. AA. *I Congreso*, cit., p. 122). En estos casos se procederá de la misma manera, judicialmente, pues los efectos de la incapacitación persisten mientras no los haga cesar una nueva declaración judicial, procedimiento que podrá incoar el mismo incapacitado al que a estos efectos se le reconoce capacidad de obrar. También se podrá modificar el alcance de la incapacitación ya establecida [...] en todo caso las sentencias que declaran la incapacitación, la extinguen o la modifican, se inscribirán de oficio en el Registro civil y si procede, también en el de la Propiedad y en el Mercantil. Estos temas están tratados en profundidad por LACRUZ, véase *Elementos*, III bis. FERNANDEZ-PRIDA, por su parte, considera que además de la publicación de la sentencia de incapacitación en el Registro correspondiente, debe hacerse referencia a la forma en que va a ser regulada, «La autotutela», en VV. AA., *I Congreso*, p. 74.

lela a la patria potestad, pues tiene la misma finalidad y cumple la misma función, sin embargo, mientras que en la segunda el ordenamiento jurídico confía plenamente (ya que sólo en contadas ocasiones le impone limitaciones y controles), por el contrario parece desconfiar de la primera, quedando sólo los actos más comunes y sencillos de la vida jurídica cotidiana fuera de dicho control¹⁸⁰. El tutor vela, cuida, alimenta y educa al tutelado. Es el representante legal del mismo por lo que administra y dispone su patrimonio.

La tutela, en cuanto institución protectora de menores e incapaces, ha estado siempre presente en la historia de las legislaciones de los países europeos, aunque con denominaciones diferentes, y respondiendo a principios inspiradores distintos cundo no contradictorios entre sí¹⁸¹. Pues bien, según el modo de organizar la tutela se distinguen dos sistemas: tutela de familia y tutela de autoridad¹⁸². La tutela de familia se organiza de modo que las instituciones tutelares, los órganos y el control pertenecen a la familia del sujeto a tutela, aunque la autoridad judicial o los órganos administrativos correspondientes intervengan. La tutela de autoridad implica que el tutor, que puede ser, y lo será normalmente un miembro de la familia del pupilo (si lo hay), queda bajo la vigilancia, control y supervisión de la autoridad judicial o de un órgano administrativo. O, dicho de otro modo, en el sistema de tutela de familia, esta es ejercida por el grupo familiar al que pertenece el pupilo, y en el de autoridad, la ejerce el Estado, bien a través de determinadas autoridades, bien a través de organismos especializados. Sin embargo, en palabras del profesor García Cantero, resultaría engañoso simplificar los términos de la anterior dicotomía, pues ya en el siglo XXI, apenas existen en Derecho comparado modelos puros¹⁸³, lo que le lleva a concluir una vez examinadas distintas legislaciones¹⁸⁴ que existen, más bien, sistemas mixtos.

El sistema de familia fue recogido por el Código de Napoleón y de allí pasó a los códigos latinos, el italiano de 1865, portugués y el español, mientras que el de autoridad fue seguido por los códigos germánicos: BGB, suizo, austríaco, los de los países escandinavos, legislaciones anglosajonas, y posteriormente por el CC italiano de 1942, por el CC francés en su redacción de 1964, y por el CC español tras la reforma de 1983¹⁸⁵.

El CC español a lo largo de su historia, ha tenido una regulación de la tutela algo peculiar, como ya se ha visto en páginas anteriores. Los precedentes históricos, previos al CC, recogían en materia de tutela normas que con

¹⁸⁰ O'CALLAGHAN, *op. et loc. cit.*

¹⁸¹ En este sentido, GARCÍA CANTERO, «Estudio comparado de la tutela», en VV. AA., *I Congreso*, cit., p. 85.

¹⁸² En relación con el dilema tutela de familia-tutela de autoridad, y en general sobre toda esta materia, véase SANCHO REBULLIDA, «Tutela e instituciones afines», cit., pp. 36 a 41, páginas y Carmen MORENO LUQUE. *op cit.*

¹⁸³ Quizá lo sería el instaurado por el Código de Familia de la Rep. Dem. Alemana, de 1965, & 88-103, de carácter básicamente administrativo, ya que se encomendaba a los órganos de la *Jugendhilfe* con la colaboración del Notariado estatal (GARCÍA CANTERO, «Estudio comparado de la tutela», cit., p. 85).

¹⁸⁴ En concreto, Francia, Italia (CC de 1865 y CC de 1942), Portugal (CC de 1867, CC de 1966 y reformas posteriores), Alemania, Suiza y España (CC 1889, CC 1983). Para todo este tema, desde la perspectiva del Derecho comparado, remito a la bibliografía citada por el autor en sus notas a pie de página en «Estudio comparado...», en VV. AA. *I Congreso*, pp. 85-119.

¹⁸⁵ O'CALLAGHAN, «La tutela», VV. AA., *I Congreso*, p. 157.

más o menos fidelidad estaban inspiradas en el sistema de tutela de autoridad¹⁸⁶. Sin embargo, el proyecto de CC de 1851 rompió con los precedentes y copió el sistema que se había instaurado en el *Code* que era el de tutela de familia pasando así al CC de 1889¹⁸⁷. Este sistema que nunca llegó a funcionar, en palabras de O'Callaghan¹⁸⁸, se mantuvo vigente durante casi un siglo hasta el 24 de octubre de 1983 en que por Ley 13 se modificó el CC en materia de incapacitación y tutela, regulando ésta según el sistema de tutela de autoridad¹⁸⁹. Por ello, el control de la función tutelar se atribuye a la autoridad judicial con intervención del Ministerio Fiscal, tal y como previenen los artículos 216 y 232 CC. Esto no significa que sea el juez quien directamente y por propia iniciativa cuida de la persona y bienes del sometido a tutela, sino que el tutor tiene la iniciativa y es él quien vela, cuida y protege al tutelado, pero bajo control judicial, que se manifiesta de manera directa tanto en su constitución (nombramiento del mismo) como en su extinción (decisión en torno a la rendición de cuentas final), y de manera indirecta a lo largo del ejercicio de la función tutelar¹⁹⁰.

5. Críticas a la ley de 1983 de reforma del CC en esta materia¹⁹¹

Bien acogida la reforma por los estudiosos del derecho, sin embargo hoy se puede afirmar que las principales críticas que se hicieron al Consejo de

¹⁸⁶ En realidad, el Derecho romano evolucionó de un sistema de familia originario, hasta un sistema de tutela de autoridad en su versión administrativa, tal y como relata María V. SESMA en *La estructura de la tutela*, cit., p. 35. En *Las Partidas* se trata de un sistema de autoridad judicial, como se ha visto: el tutor bajo la vigilancia del juez (María V. SESMA, *op. cit.*, p. 37).

¹⁸⁷ Sobre el sistema anterior a la reforma, además de los diversos manuales, puede consultarse variada doctrina. Valgan por todos, SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, pp. 23 a 36. Sobre el dilema de tutela de familia-tutela de autoridad son sugerentes sus apreciaciones, véanse las páginas 36 a 41 y 51 sobre la excesiva simplificación de la contraposición tutela de familia-tutela de autoridad, que en palabras del autor, puede resultar incluso oscurecedora a la hora de enjuiciar y catalogar un determinado sistema. También los argumentos a favor y en contra de ambos sistemas C. MORENO-LUQUE. en «¿Tutela de familia», en *La Ley*, cit., pp. 1299-1301.

¹⁸⁸ O'CALLAGHAN, *La tutela*, p. 158.

¹⁸⁹ Sobre las razones que llevaron al legislador a proceder a la reforma de los títulos IX y X del libro I CC, véase LACRUZ, *Elementos*, I, vol. 2, pp. 142 a 144. Sobre la innovación que supuso en nuestras instituciones de Derecho de Familia, puede verse C. CANO, *Introducción en La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, p. 13: [...] una aspiración al predominio de la equidad sobre la seguridad jurídica que se traduce en numerosos preceptos que conceden amplia aplicación al arbitrio judicial [...]. Considérese la búsqueda implícita de la *aequitas* romana en la intervención del juez.

¹⁹⁰ De interés sobre sistemas europeos véase USERO MILLAN, «La tutela de autoridad en algunos derechos continentales europeos y la reforma española de 1983 en materia de tutela», *RGLJ*, núm. 1, jul. 1985, pp. 41 a 61.

¹⁹¹ BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, realizó una dura y fundada crítica a la regulación anterior. En palabras suyas «fueron siempre escasos los locos bajo tutela. Sólo cuando son titulares de un patrimonio importante [...] los familiares promueven la incapacitación y la tutela. De lo contrario, la persona en cuestión queda abandonada o sometida de hecho a una custodia más o menos arbitraria de algún miembro de la familia [...] la mayor parte de los enfermos mentales han permanecido al margen de ella, siendo frecuentemente incapacitados de hecho por la vía expeditiva de su reclusión sin garantías» y en *La marginación de los locos y el Derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1978. Por su parte, en

familia pueden ser aplicadas a la tutela judicial implantada en 1983¹⁹². De manera general, la reforma supuso pasar de la unidad institucional (la tutela) a la pluralidad (tutela, curatela y, eventualmente, defensor judicial, guardador de hecho), de la tutela orgánica (tutor, protutor y Consejo de familia del Derecho anterior) a la individual (tutor o curador) y de la tutela de familia a la de autoridad judicial¹⁹³. Sin embargo, a pesar de la recuperación de la histórica curatela¹⁹⁴ en algunos casos no está clara la frontera divisoria entre tutela y curatela, y aunque el cambio de sistema era de una gran importancia al descansar toda su estructura en el control judicial, la reforma normativa no vino acompañada de las correspondientes y necesarias reformas en la estructura de la organización judicial para dotarla de los medios técnicos de auxilio de manera que el juez pudiese desempeñar con plena eficacia su nuevo y fundamental papel en esta materia¹⁹⁵. La complejidad del tráfico jurídico y económico actual hace necesario tomar decisiones complejas ajenas a la específica formación del juez decisor, que precisa del asesoramiento de profesionales especialistas¹⁹⁶. R. Leña Fernández, sostiene que la ley de 1983, no se ha hecho pensando en los supuestos normales de relaciones matrimoniales, familiares o sociales, sino en los supuestos patológicos, lo que deriva en la amplitud de competencias atribuidas al juez, que se ve ocupando un ámbito de actuación que no es el que le corresponde, pues debería intervenir sólo cuando hay fundados motivos para temer que ocurra algún supuesto que entre dentro de la patología jurídica, es decir cuando tiene lugar la ruptura de la normalidad¹⁹⁷. El proteccionismo al discapacitado, esto es, el trato legis-

contra, LEÑA FERNÁNDEZ, notario de Sevilla, en «Igualar diferencias: un reto jurídico para los discapacitados psíquicos», en VV. AA., *I Congreso*, cit., pp. 258 ss.: [...] centrarse en la patología jurídica para legislar sobre cualquier materia, no es el camino adecuado [...], la vida normal discurre por cauces distintos de los que pueden leerse en los periódicos de sucesos. Lo normal [...] es la existencia de padres responsables, preocupados por la situación tanto presente como futura de sus hijos disminuidos [...].

¹⁹² Corregidas y aumentadas dice FERNÁNDEZ-PRIDA, en «La autotutela», VV. AA., *I Congreso*, cit., pp. 59 y 60.

¹⁹³ SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, cit., p. 50, y CASTÁN VÁZQUEZ en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. V, vol. II, Reus, S. A., 9.ª ed., Madrid, 1985, p. 414, citando el proyecto de Ley de reforma del CC en materia de tutela, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de Diputados*, 27 de enero de 1983, p. 12. El mismo autor destaca que la ley de 24 de octubre de 1983 carece de Exposición de Motivos: [...] el sistema tutelar a implantar se basa sobre principios opuestos a los del anterior [...]. Dos son fundamentalmente los nuevos: el principio de pluralidad de guarda legal [...] y el principio de tutela de autoridad, que suprime el Consejo de familia y dota al juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria. Sobre el espíritu imperante en las cámaras durante la reforma resulta interesante ZAPATERO GONZÁLEZ, «Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983», *RGLJ*, núm. 1, jul. 1985, pp. 63 a 83, o directamente el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, I Legislatura, núm. 238, 5 de mayo 1982.

¹⁹⁴ Para los supuestos en que no se trata de suplir la capacidad de obrar de un incapaz, sino de completar en situaciones determinadas las limitaciones a la capacidad de obrar de una persona que en principio es capaz.

¹⁹⁵ Podría haberse potenciado las competencias de los juzgados de menores para adaptarlos al nuevo sistema, o los juzgados de familia, pero no fue así.

¹⁹⁶ En este sentido resulta inestimable la posibilidad que prevé la ley de que las personas jurídicas puedan asumir funciones tutelares, según el artículo 242 CC. F. SALINERO ROMÁN, «Delación y ejercicio de la tutela por persona jurídica», en VV. AA., *I Congreso*, p. 136.

¹⁹⁷ LEÑA FERNÁNDEZ, «Igualar diferencias», en *I Congreso*, cit., p. 260.

lativo a los discapacitados como seres inferiores o enfermos, además de la simplificación de esta materia (que tiene su reflejo en dos momentos claves: el de la incapacitación y el de la determinación de los efectos de esta), son las dos críticas que en la actualidad pueden hacerse a la ley de 1983¹⁹⁸.

A la vista de las consideraciones aquí expuestas, no todo pueden ser alabanzas, ni todo críticas a la nueva normativa, cuyos principios generales vienen muy bien expuestos en el trabajo sobre la tutela del prof. García Cantero¹⁹⁹; sus consideraciones por oportunas, bien pueden ser reflejadas aquí: «[...] Sólo la práctica hará ver el acierto del legislador [...] o constatar los defectos». Y la práctica, en mi opinión, a la vista de las resoluciones judiciales al efecto, viene siendo positiva a la hora de proteger al discapacitado.

6. La STS de 20 de noviembre de 2002

A continuación comentaré la STS de 20 de noviembre de 2002, para tratar de los dos temas que me había propuesto en este apartado relativo a la regulación actual de la protección del disminuído psíquico en nuestro ordenamiento, que son: por un lado, la necesidad de la incapacitación judicial para que surja el instituto protector, y la posibilidad de graduación de la misma, y por otro, y como consecuencia de lo anterior, el nacimiento de una u otra institución protectora dentro de las previstas en nuestro ordenamiento tras la reforma de 1983.

Se trata de la sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo en fecha de 20 de noviembre de 2002, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez y cuando ya han pasado más de veinte años desde la reforma en materia de incapacitación y tutela, operada por la

¹⁹⁸ LEÑA FERNÁNDEZ, *op. et loc. cit.*, Las soluciones que propone pueden verse en las páginas 268 ss. irían por la vía de la reforma legislativa que suprima la imposibilidad legitimaria en la herencia de los descendientes discapacitados, y faciliten el apoyo económico y la defensa de sus intereses (la herencia, las pensiones, la gestión patrimonial, etc.), gozan de asentimiento general por parte de políticos, juristas, profesionales y voluntarios de la ayuda a los discapacitados psíquicos, pero no se han adoptado todavía, quizá por falta de sensibilidad política y un déficit de preocupación social por este tema (piénsese que la ponencia aunque publicada en el 2003 es de algún año anterior). En la actualidad parece haberse avanzado en este sentido, si tenemos en cuenta 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 (BOE núm. 277). En su exposición de motivos II se alude al objeto inmediato de esta ley que es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad [...] y en otro sitio: [...] Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Beneficiarios [...] exclusivamente las personas con discapacidad [...] con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 CC, y de que concurriendo [...] hayan sido o no judicialmente incapacitadas. Acercándose el derecho estatal a otros derechos nacionales, que como el aragonés y el catalán ya lo contenían (véase los arts.11 ss. de la Compliación aragonesa; los arts. 149, 150, 167 del Código de Familia catalán, y los arts. 65, 66, y 149 del Código de Sucesiones) y también FERNÁNDEZ-PRIDA, «La autotutela», VV. AA., *I Congreso*, pp. 74 ss., hacía sentir esta necesidad de la existencia de un patrimonio especialmente protegido.

¹⁹⁹ Me refiero a GARCÍA CANTERO, «Los principios de la nueva normativa de la tutela», en *RGLJ*, julio, 1985, pp. 85 ss.

Ley 13/1983 de 24 de octubre²⁰⁰, por lo que existe sobre este tema veinte años de ejercicio jurisprudencial.

Síntesis de los hechos.

Los hechos que la sustentan pueden resumirse muy escuetamente de la siguiente manera: don L. F. padecía una deficiencia provocada por una patología vascular cerebral que le producía unas limitaciones reales en relación con tomas de decisión de carácter complejo, conservando, sin embargo, autonomía en lo que se refería a sus relaciones con los demás y consigo mismo. Conocida la situación por su esposa, separada judicialmente del demandado, formuló demanda en la cual solicitaba que se dictara sentencia por la que se declarara la incapacidad de su marido. Admitida a trámite la demanda, se nombró defensor judicial del presunto incapaz al Ministerio Fiscal, y practicada la prueba, el juzgado dictó sentencia estimatoria en parte, ya que declaró a todos los efectos procedentes la incapacitación de don L. F. para la administración de sus bienes, sin que ello afectara a los restantes aspectos de su persona.

Frente a dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación, tendentes por la parte demandante a conseguir la declaración de incapacidad total (no sólo la relativa a los actos de administración), y por la demandada, a revocar la decisión judicial que lo incapacitaba para dichos actos. La Audiencia a la vista de la prueba practicada procedió a confirmar la resolución del Juez de Primera Instancia, declarando que la incapacitación como estado y situación que afecta al Sr. L. F. no debía de ser reputada con plenitud de efectos, es decir, como incapacidad total, sino como de tipo medio o atenuada, en concreto referida a la administración de sus bienes. A la vez imponía la necesidad de que la defectuosa capacidad del Sr. L. F. se completara o integrara sin necesidad de recurrir a la tutela, mediante la institución intermedia de la curatela, procediendo al mismo tiempo al nombramiento de un curador en relación con dichos actos²⁰¹. Formalizado por ambas partes recurso de casación, no hubo lugar, manteniendo el alto tribunal el mismo Fallo que el juzgador *a quo*: la declaración de incapacidad en grado parcial, y el nombramiento de un curador.

La doctrina y la jurisprudencia.

La enfermedad mental no hay duda de que hoy, como ayer, produce una limitación en la capacidad de obrar²⁰². Difícil es determinar si configura un estado civil especial o diferenciado de aquellos que hoy se conocen en las leyes²⁰³, lo que sí es verdad es que dado que la validez y eficacia de los actos

²⁰⁰ Estando a las puertas de una necesaria reforma a su vez de diversos aspectos relativos a las personas con discapacidad, y que efectivamente se ha producido un año después de esta sentencia, por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC y de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad, *BOE* núm. 277, pp. 40852 a 40863.

²⁰¹ SAP de Palma de Mallorca de 15 de julio de 1999.

²⁰² Sobre las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar, J. L. DE LOS MOZOS en CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. I, vol. II, 14.^a edic. Reus, S. A., Madrid, 1984, p. 232 a 234 y bibliografía exhaustiva en nota 1 a pie, con derecho extranjero.

²⁰³ LACRUZ, *Elementos*, I, vol. 2.^o, *Personas*. pp. 27 y 28. En este sentido, ya Bessonne y Ferrando advierten sobre el fenómeno del neocorporativismo, nuevas formas de derechos que corresponden a la persona no en cuanto individuo, sino en cuanto perteneciente a un determinado conjunto o colectivo de la sociedad civil [...] Las condiciones de hecho

jurídicos, así como la responsabilidad, dependen de la inteligencia y de la voluntad de la persona que actúa, los actos realizados por personas que se encuentren con sus capacidades mentales mermadas serán inválidos, y por tanto, no podrá hablarse de responsabilidad desde el punto de vista jurídico²⁰⁴. Y ello con independencia de cuál sea la causa de la deficiencia mental²⁰⁵. En nuestro CC ciertas enfermedades o deficiencias orgánicas o funcionales pueden privar a quien las padece de la capacidad de obrar específica para realizar el acto en cuestión²⁰⁶, sin que por eso deba hablarse de incapacitados en el sentido jurídico del término, por lo que no me referiré a ellas²⁰⁷.

en que la persona opera no son iguales para todos, de modo que los intereses, las necesidades y, consiguientemente, los derechos de las personas varían según las determinaciones concretas de cada uno en la realidad económica y social, *Enciclopedia dei Diritto*, XXXIII, 1983, p. 214, voz: «persona física». Recuérdesse que *Las Partidas* (4, 23, 1) definieron el *status* como condición o manera en que los hombres viven o están. Sobre el concepto de estado civil, véase la bibliografía citada por LACRUZ, *Elementos*, I, pp. 29 y 30, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-1, 11.ª ed., Barcelona, 1989, p. 266, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 7.ª edic., Madrid, 1989, pp. 248 y 269, DE LOS MOZOS en CASTÁN, cit., p. 166, y en todo caso, María Ángeles PARRA, *Orientaciones actuales del estado civil*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 156. Mantiene esta autora, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que cuando por sentencia judicial se incapacitara a una persona como consecuencia de la presencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que le impidan gobernarse por sí misma se habría dado lugar a un nuevo estado civil, el de incapacitado, con los efectos que en cada caso fijara la sentencia. Sobre la incapacitación como estado civil, véase la STS de 10 de mayo de 1998, recogida por O'CALLAGHAN, en «La tutela. Actos personalísimos», VV. AA., *I Congreso*, pp. 156-157, que por su importancia reproduzco en parte: La incapacitación, como privación de la capacidad de obrar de la persona por sentencia [...] es un estado civil en el que se coloca al sujeto en un grado de incapacidad que viene determinado en la sentencia [...]. Al margen de lo anterior, y en relación con los estados civiles, resulta llamativa la tesis mantenida por GARCÍA CANTERO sobre el reconocimiento del estado civil de jubilado en «Notas sobre la senectud como estado civil de la persona», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, pp. 295 ss., directamente, o en María A. PARRA, *Orientaciones*, nota a pie 244, p. 179.

²⁰⁴ A propósito puede verse DELGADO ECHEVERRÍA, «Enfermedad mental: invalidez de actos de enfermo mental no incapacitado», cit., *CCJC*, núm. 5, abril-agosto 1984, pp. 1569 ss., y BERCOVITZ, «La incapacidad de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico», en *Poder Judicial*, núm. 3, sept. 1986, pp. 107 ss. También, GORDILLO, «Incapacidad de obrar natural: arterioesclerosis senil. Ineficacia de la actuación del incapaz, no obstante ser ésta anterior al auto de declaración de incapacidad (Comentario a la STS de 1 de febrero de 1986)», *CCJC* núm. 10, enero-marzo, 1986, pp. 3405-3413, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «En torno a la enfermedad mental física como causa de incapacitación: régimen y consecuencias (Comentario a la Sentencia de 10 de febrero de 1896)», en *Anuario de Derecho civil (ADC)*, 1987, núm. 2, pp. 715-725.

²⁰⁵ Por otra parte, ha dejado de considerarse la prodigalidad una especie (junto con la locura, sordomudez e interdicción) del estado civil de incapacitación. Ahora, junto al *status* de incapacitado por enfermedad física o psíquica (art. 200), existe el *status* de declarado pródigo, que el Código no describe. En este sentido, SANCHO REBULLIDA, *Tutela en instituciones afines*, p. 144; GARCÍA CANTERO, «Los principios de la nueva normativa de la tutela», en *Estudios sobre la tutela (En torno a la Ley 13/1981 de 24 de octubre, de reforma de la tutela)*, en VV. AA., coordinados por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1986, p. 87, y María A. PARRA, *Orientaciones*, pp. 156-157; LETE DEL RIO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales IV*, dir. por Albaladejo, 2.ª ed., Madrid, 1985, p. 168, DELGADO en LACRUZ, *Elementos*, I, 2, p. 134, Albaladejo, *Derecho civil*; I, 1, 11.ª ed., Barcelona, 1989, p. 266.

²⁰⁶ Véase lo dispuesto sobre ciegos, sordomudos y los que no sepan leer ni escribir, en relación con los testamentos en los artículos del CC 681, 2, 697, 2, 708 y 709, 1246.2.

²⁰⁷ Como dice la STS de 5 de marzo de 1947, cit., por DE LOS MOZOS en CASTÁN, tomo I, vol. 2, cit. I: [...] los defectos y lesiones corporales no se hallan admitidos en la ley como causas de limitación de la capacidad.

Los artículos 10 y 49 de la CE ofrecen un interesante punto de partida a la hora de hacer cualquier consideración en torno a este tema. En primer lugar, el artículo 10 proclama la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social. A su vez, el artículo 49 prescribe que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos psíquicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos. Esta fórmula es amplia y comprende todo tipo de disminución o limitación de capacidades sea de origen físico, sensorial o psíquico. Y es el mismo sentido que tiene la definición de incapacidad prevista en el artículo 200 del CC. en su redacción de 1983. Los supuestos aquí previstos han de tener como finalidad prioritaria la rehabilitación, el tratamiento y la integración social.

Sin embargo, el artículo 199 del CC, por el cual nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la ley, no refleja en opinión de algunos autores²⁰⁸, la concepción constitucional del enfermo mental, tal y como resulta del marco constitucional. Tanto este artículo como los siguientes y el artículo 757 de la actual LEC., siguen hablando de incapacitación, término que resulta inadecuado a todas luces con los modernos planteamientos. Parece más correcto hablar de discapacidad que es el utilizado en la legislación administrativa. Incluso la propia Constitución utiliza el de disminuido que parece más moderado que el empleado por el legislador en el CC.

Como se ve, del artículo 199 se desprenden dos principios: el de legalidad y el de jurisdiccionalidad. Esto es: la incapacidad sólo puede apreciarse en virtud de las causas previstas por la ley (reserva de ley y tipicidad). En segundo lugar, la incapacidad sólo puede declararse previo procedimiento judicial ajustado a las exigencias del artículo 24 de la CE y por medio de sentencia firme dictada por juez competente, por tanto no existen facultades administrativas en relación con los que de hecho se encuentren en situación de discapacidad. La sentencia firme tiene valor constitutivo y sólo a partir de ella puede hablarse de situación de incapacidad. La actuación judicial de oficio se basa en la protección al discapacitado y el interés público sobre esta materia. Los casos urgentes que requieran protección deberán ser atendidos siguiendo lo previsto en la ley procesal para estos casos, artículos 762 y 763, donde se contienen las medidas cautelares tales como el internamiento no voluntario. Por otra parte, las situaciones de hecho están previstas en el artículo 303 del CC, y en el artículo 25 del CP que otorga protección penal al incapaz²⁰⁹ aunque no haya declaración judicial.

²⁰⁸ VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales de la discapacidad», VV.AA. *I Congreso*, p. 121 ss.

²⁰⁹ En relación con el tema de la falta de imputabilidad de los incapaces puede verse la regulación del CP, directamente (art. 20.1), y la doctrina penalista. Valga, por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 200 ss. Sobre los requisitos del informe médico-forense como medio de prueba para la declaración de incapacidad puede verse también, CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Derecho*, p. correspondientes. También, VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales de la discapacidad», en *I Congreso*, pp. 121-131.

Pero ¿qué debe entenderse por discapacidad? o, mejor, ¿quién puede ser declarado discapacitado?.

La STS de 10 de mayo de 1998²¹⁰ se expresa en los siguientes términos: «La incapacitación, como privación de la capacidad de obrar de la persona por sentencia, como dispone el artículo 199 del CC, es un estado civil en el que se coloca al sujeto en un grado de incapacidad que viene determinado en la sentencia, como prevé el artículo 210 del CC, sin que ésta constituya la tutela, que se hará en expediente de jurisdicción voluntaria cuando aquélla sea firme (...). La base fáctica de la incapacitación, las causas fijadas en la ley, como dice el artículo 199, son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma, como precisa el artículo 200 y como matiza la jurisprudencia de esta Sala, es la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse (...), que destaca que la enfermedad o deficiencia ha de ser constante, entendida como permanencia hacia el futuro (...)».

Por su parte, el artículo 200 prescribe que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a las personas gobernarse por sí mismas. Nuestro legislador se aleja de la redacción anterior²¹¹, y utiliza una fórmula mixta, pues por una parte renuncia a consignar un catálogo de cuadros limitadores de los que se derive la incapacidad, pero a la vez emplea dos términos, enfermedad y deficiencia, que tienen connotaciones médicas, y, además, describe el efecto que ha de dimanar de los mismos y que es la base de la definición: el impedimento para gobernarse a sí mismo.

En torno al concepto de enfermedad mental.

Las expresiones enfermedades o deficiencias, permiten incluir sin excepciones cualquier tipo de anomalía, alteración, enfermedad, minusvalía, limitación deficiencia, o disminución de posibilidades y facultades con independencia de cuál fuera el origen de las mismas, por lo que el ámbito de aplicación es amplísimo²¹². La única nota delimitadora es la de que se trate de enfermedades o deficiencias persistentes. Por tanto, la norma excluye las enfermedades o deficiencias episódicas por muy intensa que sea la limi-

²¹⁰ Citada por O'CALLAGHAN, en «*La tutela*». VV. AA., *I Congreso*, pp. 156-157.

²¹¹ El antiguo p. 2 del artículo 32 mencionaba expresamente como restricciones de la personalidad jurídica la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad la interdicción civil, y el artículo 200 derogado establecía la sujeción a tutela de los locos o dementes aunque tuvieran intervalos lúcidos, y los sordomudos que no supieran leer y escribir; los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos y los que estuvieran sufriendo la pena de interdicción civil.

²¹² Excediendo, por tanto, del significado médico. Permite considerar no sólo las enfermedades o deficiencias psíquicas o mentales de acuerdo con la clasificación y conceptualización de la OMS, sino también las de orden estrictamente corporal. En este sentido, VARGAS CABRERA, «*Aspectos civiles*», p. 125, y CABRERA-FUERTES, «*Psiquiatría y Derecho*», pp. 23 y 30, delimitando el campo de la Psiquiatría «[...] por lo que respecta a la Psiquiatría Forense civil, la acción del perito suele ir encaminada a valorar la existencia de enfermedades o lesiones que impiden el autogobierno del individuo y de sus bienes, y que, en consecuencia, puedan ser tributarias de incapacitación, esto es, pérdida de la capacidad de obrar [...] en virtud de sentencia y con arreglo a lo establecido en las leyes».

tación que a consecuencia de ellas se sufra²¹³. Sobre cuál sea el concepto de enfermedad mental hay que seguir los criterios previstos por la OMS en torno a su consideración, que se apoyan firmemente en los datos obtenidos por la Psiquiatría²¹⁴. A pesar de la dificultad de establecer su diagnóstico, los especialistas coinciden en considerar como características más relevantes: la reducción o pérdida de la libertad del sujeto frente a sí mismo, aparición de estructuras psíquicas nuevas y cualitativamente diferentes a las que tienen los sanos, alteración en el control de la realidad y en la interacción social, dificultades graves para el control instintivo²¹⁵. En los momentos actuales (y teniendo en cuenta que el criterio de salud y enfermedad es relativo, dependiendo del grado de tolerancia y desarrollo de cada sociedad), para los doctores Cabrera y Fuertes²¹⁶, se podría decir que los trastornos mentales son aquellas situaciones incluidas y reflejadas en las clasificaciones internacionales; básicamente en el llamado Manual de Diagnóstico Estadístico de los Trastornos Mentales²¹⁷ de la Asociación Psiquiátrica Americana y la Clasificación Internacional de Enfermedades²¹⁸ de la OMS²¹⁹.

El núcleo de la definición lo constituye el examen de la realidad de los efectos que en el sujeto provoca la enfermedad o deficiencia persistente²²⁰.

²¹³ Por tanto, los trastornos mentales transitorios del artículo 20.1 del CP y las intoxicaciones plenas y síndromes de abstinencias del artículo 20.2 estarían excluidos salvo que tuvieran una base patológica o fueran el reflejo de una adicción que supusiera una limitación permanente. Sobre la regulación de los trastornos psíquicos ocasionales hay que acudir a lo previsto en el artículo 763 de la LEC. En este sentido, VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles», p. 125. También, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *En torno a la enfermedad física*, p. 717, excluye también las situaciones de pérdida de la capacidad de autogobierno debidas a ingestión de sustancias como el alcohol u otras, contusión cerebral leve, pérdidas de conciencia no prolongadas como consecuencia de ataques epilépticos o traumatismos psicológicos, situaciones postoperatorias, etc.: «no se exige para apreciar la persistencia que se trate de una situación crónica o permanente, en el sentido de incurable [...] lo persistente debe ser la enfermedad, y no algunos determinados síntomas o consecuencias de la misma [...] de manera que la incapacidad es una enferma en todo momento: no sólo mientras se producen los períodos críticos, sino también durante la fase lúcida de su enfermedad».

²¹⁴ Ciencia que trata de las enfermedades mentales, DRALE. En Psiquiatría, la delimitación del concepto de enfermedad (mental) plantea una serie de dificultades sobreañadidas importantes al apartarse del existente en el resto de las especialidades médicas, CABRERA-FUERTE, *Psiquiatría y Derecho*, p. 33.

²¹⁵ CABRERA-FUERTE, *op. cit.*, p. 35

²¹⁶ *Psiquiatría y Derecho*, p. 37.

²¹⁷ A partir de ahora, *DSM-IV*.

²¹⁸ A partir de ahora, *CIE-10*.^a

²¹⁹ Para consultar sobre las mismas, remito a CABRERA-FUERTE, *op. cit.*, Parte IV: *Las alteraciones, anomalías o trastornos*, donde se analizan con profundidad los supuestos, a la vez que se considera en ocasiones si se dan los requisitos previstos, incluíbles en *DSM-IV* y *CIE-10*.^a De manera general enumero: Estudio psiquiátrico forense (E.p.f.) del retraso mental, p. 191. Epf de los trastornos orgánicos (cognoscitivos): delirium y demencia p. 199, Epf de los trastornos relacionados con sustancias, p. 209, Epf de los trastornos relacionados con el consumo de alcohol p. 229. Epf. de la esquizofrenia y de otros trastornos psicóticos p. 245, del estado de ánimo. El suicidio p. 265; de los trastornos de ansiedad, somatomorfos, facticios y disociativos, p. 283; trastornos sexuales, parafilias, p. 297; control de los impulsos, juego patológico, cleptomanía, piromanía p. 313, trastornos de la conducta alimentaria 323, trastornos de la personalidad, conducta antisocial, p. 331; aspectos pf. de los delitos contra la libertad sexual p. 345, estrés laboral, Burnout o Síndrome del quemado p. 357; problemática pf. de los malos tratos en la infancia, p. 369, etc.

²²⁰ A sabiendas de que la frontera, la línea que separa la salud de la enfermedad psíquica, es, a veces, fácil de traspasar. En este sentido, entre otros, LACRUZ, *Matrimonio* y

El legislador se refiere al impedimento para gobernarse a sí mismo que ha de estar en relación causal con aquéllas. En este sentido, la idea central es la de autodeterminación, la capacidad de adoptar decisiones en la vida diaria tanto en la esfera íntima (personal, familiar) como en la social, pública, y en la esfera patrimonial. La limitación para autodeterminarse o decidir en estos campos originará el supuesto de hecho subsumible en la norma, por lo que, manejando criterios de normalidad social, habrá que atender a todas las circunstancias concretas de la persona y de la sociedad y cultura en que vive²²¹. En el caso que nos ocupa, la situación que se describe bien puede asociarse con un tipo de enfermedad mental. Se trata de una alteración cognoscitiva evidente, que le produce al Sr. L. F. limitaciones que afectan predominantemente su capacidad volitiva en relación con la toma de decisiones complicadas (como son el atender sus variados negocios); sin embargo, hay ausencia de trastornos psiquiátricos mayores, pues es capaz de tomar decisiones en el plano personal.

Dificultad probatoria.

El mayor problema que surge es el relativo a la prueba practicada, ya que es contradictoria. Por una parte, *la confesión judicial* por parte del demandado, que admite que su enfermedad le impide el normal ejercicio de la gestión de su patrimonio (compuesto por múltiples sociedades). Por otra, el propio letrado que le asiste declaró lo mismo en el acto de la vista del recurso: «su patrocinado, para actuar normalmente necesita tranquilidad y calma, y un ambiente distendido y sin presiones, condiciones que difícilmente se dan en la gestión de un patrimonio como el del demandado hoy apelante». Por su parte, el informe del médico aportado por la propia parte demandada en el que se advierte al paciente «la necesidad de evitar situaciones de estrés que condicionen elevaciones de presión arterial en alguien que como él está descoagulado, lo que representa un riesgo adicional para su salud». La parte demandante esgrime informes médicos contrarios, que consideran el grado de coeficiente mental que padece el demandado de 50, y grandes limitaciones a su capacidad volitiva debido a la gravedad de los defectos que padece.

Ambos recursos aspiran a que se case la sentencia. La parte demandada para que se declare sin efecto la incapacitación, la demandante para que se declare que el demandado está afecto de una incapacitación en grado total, y así se reconozca judicialmente. En el primer caso, los motivos decaen, por-

divorcio. Comentarios al nuevo título IV, libro I, del Código Civil, p. 532; VALLEJO-NÁGARA, *Introducción a la psiquiatría*, Madrid, 1990. Durante mucho tiempo, los enfermos mentales han sido relegados y marginados por la sociedad. En este sentido, SAINZ DE ROBLES, «Una perspectiva histórica», en VV.AA., *I Congreso*, pp. 25-31, «era una época de ocultamiento cuando no de reclusión. La presencia de un anormal en la familia era casi un baldón para la misma [...] la cuestión se complicaba con sentimientos de culpabilidad, poco explicables pero enormemente efectivos en la esfera social». Lo cierto es que a mediados de los años cincuenta, las familias comienzan a preocuparse por la presencia en su seno de estas personas. La apreciación hecha anteriormente, coincide con la revolución experimentada por la Medicina en este campo, a mediados de los años cincuenta. En palabras de CABRERA-FUERTES, *Psiquiatría y Derecho*, p. 38, «con la llegada de los primeros psicofármacos eficaces [...] muchos de los enfermos mentales condenados a estar de por vida recluidos en los hospitales psiquiátricos empiezan a poderse integrar en la sociedad, a poder hacer una vida relativamente normal, a vivir en familia e incluso hasta albergar la esperanza de una curación de su enfermedad».

²²¹ VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles», en VV.AA., *I Congreso*, p. 125.

que en palabras del Tribunal, el grado de incapacitación declarado responde al estado psico-físico del interesado, sin necesidad de que acontezcan los niveles de impedimento del autogobierno personal, sino que por la repetida aplicación del artículo 210, la Sentencia recurrida marca los actos que le están impedidos al recurrente en conformidad con los artículo 286 y siguientes. El recurso interpuesto por la actora (esposa separada), basado sobre todo (motivo segundo) en la infracción recurrida sobre la valoración de la prueba pericial en torno al grado de incapacitación, y al instituto de la curatela, también se desestima, y ello porque la jurisprudencia de la Sala es de por sí especialmente restrictiva en orden a la posibilidad de revisar en casación la valoración de la prueba pericial por venir legalmente confiada a la sana crítica de los juzgadores de instancia haciendo inviables los motivos que examina. La Sala considera que, en todo caso, el Tribunal enjuiciador de un litigio como el presente, respecto al estado civil de la persona y cuando su decisión se apoya en un conjunto de pruebas determinantes de su juicio crítico y, en especial, de la totalidad de la prueba pericial practicada, ante ese cúmulo de datos, no tiene sino que recordar que la denuncia sobre la valoración de la prueba que se hace en los Motivos, decae forzadamente, al amparo de doctrina de anterior pronunciamiento²²². Conviene recordar, con la Sentencia de 11 de noviembre de 1994, que los tribunales de instancia, en uso de facultades que les son propias, no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio²²³. No existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido (tal y como previenen las sentencias de 1 de febrero y 19 de octubre de 1982. La prueba pericial es, por tanto de libre apreciación por parte del juez²²⁴: «El juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial y no se permite la impugnación casacional de la valoración realizada a menos que sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica²²⁵, o abiertamente se aparte lo apreciado por la Sala *a quo* del propio contexto o expresividad del contenido pericial²²⁶». En particular, la STS de 19 de septiembre de 1996, dictada a propósito, igualmente, de un litigio de incapacitación señala que «las pruebas periciales, según el artículo 632 de la LEC y constante doctrina jurisprudencial, son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los jueces pueden prescindir de las mismas. El desacierto de estas pruebas admite la censura casacional, no en cuanto a la prueba misma y sí respecto a su valoración, mediante denuncia de las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del CC (lo que no hacen los recurrentes en este caso)». Concluyendo: para salvar el obstáculo sobre la prueba pericial hay que decir, que en litigios

²²² Como la STS de 27 de junio de 2002.

²²³ Que a su vez recoge el sentir de la Sentencia de 6 de marzo de 1948.

²²⁴ En este sentido véanse, las SS de 9 de octubre de 1981, 19 de octubre de 1982 (ya citada), 27 de febrero, 8 de mayo, 10 de mayo, 25 de octubre y 5 de noviembre de 1986, 9 de febrero, 25 de mayo, 17 de junio, 15 y 17 de julio de 1987, 9 de junio y 12 de noviembre de 1988, 14 de abril, 20 de junio y 9 de diciembre de 1989.

²²⁵ SS de 13 de febrero de 1990, 29 de enero, 20 de febrero y 25 de noviembre de 1991.

²²⁶ SS de 20 de marzo de 1998, 1 de diciembre de 1999, 28 de enero 2000, 13 de junio de 2000, 25 de octubre de 2000, 16 de febrero de 2002, y 19 de septiembre de 2002.

como el semejante, donde lo que está en juego es la capacidad de obrar de la persona, la discrecionalidad (que no arbitrariedad)²²⁷ del órgano de la instancia, para valorar la situación del afectado, por medio también de la entrevista personal²²⁸, para así discernir su grado de aptitud o capacidad volitiva o intelectual en aras a apreciar si está o no incurso en los baremos que le marca el artículo 200 del CC.²²⁹, merece un juicio positivo, pues la declaración judicial tiende a la defensa de los intereses confiados a la persona al proveerle del adecuado mecanismo de protección y representación, que en el caso presente es la curatela (arts. 210 y 278), siendo su alcance el de los actos que precisen de la asistencia del curador.

En base a las anteriores apreciaciones, el alto Tribunal se decanta por la declaración judicial de incapacidad, si bien con las matizaciones hechas por el Tribunal en la Apelación: «a la vista de la prueba practicada, no puede aplicarse al Sr. L. F. una incapacitación con plenitud de efectos, es decir total, sino como de tipo medio o atenuada, referida a la administración de sus bienes, lo que impone la necesidad de un curador que complete e integre sus actos de administración y gestión²³⁰.

La posibilidad de graduación de la incapacidad y la respuesta del ordenamiento

Esta apreciación de graduación de la incapacitación es relativamente moderna. En principio, el texto del código vigente hasta 1983 no distinguía diversos grados de debilidad o retraso mental, intermedia entre la normalidad psíquica y la locura, para atribuir al individuo, en cada caso, una protección y unas limitaciones proporcionadas a sus particulares circunstancias²³¹. O bien se apreciaba locura y se sometía el enfermo mental a la tutela²³² privándole totalmente de su capacidad de obrar, o bien se prescindía de toda medida protectora²³³. Se le objetaba a la ley que en muchos casos de simple retraso no parecía necesario limitar el poder de una persona para autogobernarse hasta el punto de supeditarla a un tutor a quien debía obediencia²³⁴. Por su parte, la CE de 1978, instando en su artículo 49 a los poderes públicos a prestar a los disminuidos psíquicos la atención especializada que requieran, tendiendo a su rehabilitación e integración en

²²⁷ Sobre la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, aunque al hablar del menor, ya se expresó RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 237 a 243.

²²⁸ Por otra parte, la exploración o examen de la persona a propósito del proceso de incapacitación está prevista en el artículo 759 de la LEC, y tiene carácter personalísimo e indelegable, lo que me parece muy positivo, junto a otras pruebas.

²²⁹ LETE DEL RÍO, «La esterilización del deficiente psíquico», en VV.AA., *I Congreso*, p. 57.

²³⁰ Jurisprudencia más actual es la recogida por O'CALLAGHAN en *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 3.^a edic., La Ley-Actualidad, SA, Madrid, 2002.

²³¹ LACRUZ, *Elementos*, I, pp. 148 a 150.

²³² Recuérdese que tutela y curatela habían sido refundidas en una sola institución: la tutela.

²³³ Se ha traído a colación, en otro momento, que la jurisprudencia del TS en una serie de sentencias cuyo hito fue la de 5 de marzo de 1947 consideró la existencia de una laguna al no regular la ley los efectos de la debilidad o retraso como supuestos distintos de la demencia o locura, rectificando el derecho legal considerado defectuoso. Postura que, como también he referido, tuvo seguidores y detractores, y que por mi parte considero como un intento de búsqueda de la *aequitas* por parte de los jueces.

²³⁴ La solución dada por LACRUZ vendría por la vía de vigilar sus actos más graves de administración y prohibirle los de disposición, *Elementos*, I, p. 149.

la sociedad, amparándolos en el disfrute de ciertos derechos, hacían incompatible la privación total de la capacidad de obrar de estas personas con dichos principios. De esta manera se entiende que el legislador de 1983 haya tenido en cuenta que la limitación puede ser total o parcial, pudiéndose hablar de una incapacidad plena o semiplena. El legislador, en atención a la mayor o menor limitación de la facultad de autogobernarse, diseña una respuesta de mayor o menor protección al que tiene limitada la capacidad de obrar. Tutela y curatela son las instituciones protectoras y remedio a esas limitaciones a la capacidad de obrar que podrán ser mayores o menores en virtud de lo que venga determinado por la sentencia. La sentencia habrá de determinar la extensión y límites de la incapacidad (art. 760 LEC.), así como el régimen de tutela (arts. 22 al 285 CC) y guarda a que ha de quedar sometido el incapacitado²³⁵, normas que obedecen a flexibles criterios de gradualización y proporcionalidad entre la entidad de las limitaciones de las facultades de autodeterminación que padece el sujeto, y la entidad de las consecuencias jurídicas impositivas de la capacidad de obrar²³⁶. Como se ve, en este supuesto, la medida requerida por el juzgador es la de la necesidad de un curador para completar los actos de gestión tan complejos como son la administración de un patrimonio extenso y variado, lo que desde mi punto de vista merece un juicio crítico favorable, sobre todo porque es el criterio que esgrime el tribunal de apelación y el mismo TS, sentando jurisprudencia que se puede considerar ya consolidada.

En palabras de O'Callaghan, si la sentencia constituye a la persona en un estado civil de incapacidad total, el incapacitado quedará sometido a tutela. La sentencia podrá delimitar, como ya se ha dicho, el ámbito de incapacitación, es decir, que alcance sólo a los actos de disposición o algunos de éstos. Pero si la sentencia constituye a la persona en un estado civil de incapacidad parcial, el incapacitado actuará por sí mismo en el mundo jurídico, pero precisará para la validez de los actos jurídicos que realice, determinados en la sentencia de incapacitación, el complemento de capacidad, consistente en el asentimiento, consentimiento o autorización del curador²³⁷, que es en definitiva lo que hace el Juzgador *a quo*.

²³⁵ El legislador regula como modalidad de incapacidad parcial generadora de curatela la prodigalidad, en los artículos 297 CC y 757 y 760.3 LEC. Sobre ella no se trata en este trabajo, a pesar de las numerosas conexiones.

²³⁶ Dicho de otro modo, por VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales», en VV.AA., *I Congreso*, p. 126, la definición del artículo 200 CC debe ser complementada por la previsión de los artículos 763 LEC y 287 CC, preceptos en los que late el principio de gradualización y flexibilización de la discapacidad y el de diversificación de respuestas frente a la misma.

²³⁷ O'CALLAGHAN, «La tutela», VV.AA., *I Congreso*, p. 157, y, «La incapacitación», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 1986, p. 1 ss. Sobre el procedimiento previsto para la declaración de incapacitación véanse los artículos 756-763 de la Lec 2000, del libro 4.º De los procesos especiales, cap. 2, De los procesos sobre la capacidad de las personas, y las normas de general aplicación previstas en los 748-755, estando, en todo caso prevista la tramitación conforme a las normas del juicio verbal, siendo la jurisdicción competente, exclusivamente la civil. En este sentido se aleja de la normativa anterior que preveía el procedimiento contencioso del juicio declarativo ordinario, según el artículo 484 de la antigua Ley, reformada en 1984. Para ver estos aspectos y otros como legitimación activa, pasiva, alcance de la sentencia y mecanismos de protección de situaciones de incapacidad no declarada como son la posibilidad de adopción de medidas cautelares para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio, garantías, internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, competencia, control judicial y protección penal de la discapacidad consúltese la ponencia de VARGAS CABRERA, «Aspectos civiles y procesales», pp. 122 a 132.

Ahora bien, a pesar de que el Tribunal, en este caso concreto, considere precedente la declaración de incapacidad parcial, y provea al incapacitado en cuestión, de un curador que complemente su capacidad de obrar en relación a determinados actos, ante la duda que surge en torno a la prueba pericial sobre la índole y efectos de la enfermedad, cabe plantearse si no habría sido oportuno el nombramiento no ya de un curador, si no de un tutor para esos actos, que sustituya (no complemente) a la persona del incapacitado en todos esos actos complejos de gestión y administración de sus numerosas empresas. Podrían solucionarse muchos de los problemas que sin duda se le van a seguir planteando al Sr. L. F. que confiesa que en todo momento está nervioso, y que necesita tranquilidad debido a su enfermedad. La situación de zozobra no desaparecerá mientras siga estando al frente de sus negocios, teniendo que tomar decisiones que le producirán seguramente un estado permanente de agitación, lo cual no disminuirá si un curador corrobora sus actos, si no más bien si un tutor nombrado al efecto, le sustituye, alejándole de la complicada trama que puede ser, estar al frente de un nutrido grupo empresarial. Aunque la jurisprudencia más reciente no se decanta por esta postura, como ya se ha visto, no debe descartarse su viabilidad: la declaración de incapacidad parcial puede llevar al nombramiento de un tutor parcial, para esos determinados actos. Como dice la STS de 26 de julio de 1999²³⁸ «si la enfermedad es persistente (...) han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable, para lo cual parece institución más adecuada la tutela, pues ésta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado (art. 269.3 CC). Por otra parte, la extensión de la incapacidad en el orden patrimonial no debe extenderse más de lo necesario en atención a la enfermedad del recurrente, no abarcando por ello a actos de administración ordinaria». Qué duda cabe que llevar las riendas de un gran complejo empresarial no entraría dentro de lo que puede entenderse como actos de administración ordinaria (que sin duda se refiere a gastos para hacer frente a sus necesidades personales como cuidado o alimentación).

VI. CONCLUSIONES FINALES

1. La *cura furiosi* bien podría ser el precedente de la tutela del discapacitado psíquico en el ordenamiento actual.

2. En Roma se requería el nombramiento del *curator* por el magistrado a pesar de que recayese sobre el pariente más próximo. Como normalmente habría varios, se hablará de *cocuratela*. En el ordenamiento actual se requiere nombramiento por parte del juez, previa sentencia de incapacitación. Dos institutos: la declaración de incapacidad y la tutela.

3. Tampoco había gradación de *cura*. Es decir, el incapaz psíquico, *furiosus*, se vería ayudado por un curador, siempre que tuviera perturbadas sus facultades mentales. En caso de obrar en intervalo lúcido queda en suspenso, no siendo necesario nuevo nombramiento si recae en su estado de enajenación. Los actos realizados en intervalo lúcido poseían plena validez y efectos jurídicos (bien es verdad que para intervenir en los actos jurídicos en que eran parte personas disminuidas, como sordos, mudos, etc; se previó,

²³⁸ Actualidad Civil. 1082/1999.

según Paricio²³⁹, unos *curatores debiliū personarum*). El ordenamiento actual (tras la Ley de 1983) ha previsto que la sentencia de incapacitación exprese el grado de incapacidad de la persona, y en atención al mismo le dota de un instituto tutelar u otro, expresando qué actos puede realizar y cuáles no. Hay grados de incapacitación: total o parcial. Dependiendo de la necesidad de sustitución o de complemento de capacidad para determinados actos, se ha previsto el nombramiento de tutor o de curador.

4. En Roma no estaba prevista la posibilidad de que un ente hiciera las veces de *cura furiosi*. En la actualidad, sí. Tras la Ley de 1983, las personas jurídicas, en concreto las fundaciones, previstas con esa finalidad y que no tengan ánimo de lucro, podrán desempeñar esa tarea, lo que efectivamente se está haciendo con muy buenos resultados²⁴⁰. Tampoco estaba prevista la autotutela, mientras que tras la Ley de noviembre de 2004 es un hecho en nuestro CC.

Debo decir como avancé, que aquí concluyo este estudio, dejando para otra ocasión aspectos tan esenciales como la delación y constitución de la tutela, el nombramiento del órgano tutelar, las incapacidades y excusas, el ejercicio de la tutela misma, que en el ámbito de la protección jurídica del discapacitado psíquico, también ofrecen algunas peculiaridades²⁴¹, pero que no pueden ser ahora abordados. Dejo, pues, su examen para otra ocasión, esperando haber contribuido en este año 2003 que acaba a reafirmar la necesidad de proteger los derechos fundamentales de todas aquellas personas que no pueden hacerlo por sí mismas, y cuyas raíces bien podían encontrarse en la Ley de las XII Tablas:

Si furiosus escit, adgnatum gentiliūque in eo pecuniaque eius potestas (T.5.7a).

²³⁹ FERNÁNDEZ BARREIRO Y PARICIO en *Fundamentos de Derecho privado romano*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 187.

²⁴⁰ I. SERRANO GARCÍA en «Prólogo» a VV.AA., *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso regional*, p. 22, y SALINERO ROMÁN, «Delación y ejercicio de la tutela por persona jurídica», en *I Congreso*, pp. 146 a 154.

²⁴¹ Remito para la comparación y examen de ambos derechos (romano y civil), al trabajo de Laura SANZ, *La tutela del CC y su precedente*, ya citado, y, por su especialidad, a las ponencias del *I Congreso regional sobre La protección jurídica del discapacitado* citado reiteradamente. En concreto, SALINERO ROMÁN, «Delación y ejercicio de la tutela por persona jurídica», p. 133; X. O'CALLAGHAN, «La tutela, Actos personalísimos», p. 155, CANDAU PÉREZ, «Responsabilidad del tutor. Extinción de la tutela. Rendición de cuentas», p. 173. Y, de manera general, a las obras de PEÑA B. DE QUIROS, *Derecho de Familia*, Secc. de Public. Univ. Complutense, Madrid, 1989, y para el derecho alemán: KIPP y WOLFF, «Derecho de Familia», en ENECCERUS-KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, vol. II Traducc. española de la 20.ª ed. alemana, 5.ª revisión, por Pérez González y Alguer, Bosch edit., Barcelona, 1952; GARCÍA CANTERO, «Causas extintivas de la tutela» (I), en *Actualidad Civil*, núm. 32, 1985, p. 169 ss., y (II) *Actualidad civil*, núm. 51, 1985, p. 225 ss. LACRUZ y otros, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, Lib. Bosch, Barcelona 1984; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. IV, Familia, 8.ª edic., Edit. de Derecho Reunidas, Madrid, 1984; Díez PICAZO y otros, *Sistema de Derecho Civil*, I, 6.ª edic, edit. Tecnos, Madrid, 1988; ESPINOSA JOVER, *La rendición de cuentas en el Derecho privado*, Madrid, 1975.