

This is the **submitted version** of the journal article:

Coch Roura, Nuria. «La curatela a la luz de la convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furiosi». Revista general de derecho romano, Núm. 31 (2018), p. 1-24. 24 pàg.


This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/302775>

under the terms of the  ^{IN} COPYRIGHT license

This is the **submitted version** of the journal article:

Coch Roura, Nuria. «La curatela a la luz de la convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furiosi». Revista general de derecho romano, Núm. 31 (2018), p. 1-24. 24 pàg.

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/302775>

under the terms of the  ^{IN} COPYRIGHT license

LA CURATELA A LUZ DE LA COVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU ANTECEDENTE EN LA CURA FURIOSI(1)

Por

NÚRIA COCH ROURA

Universitat de Lleida

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Romano 31 (2018)

RESUMEN: La aplicación de algunos principios de la Convención de las Naciones Unidas contenidos en su artículo 12, nos obliga a afrontar la vigencia de nuestro tradicional sistema en torno a los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, y por ende de las medidas de protección como la tutela o la curatela. Se analiza un tipo concreto de curatela: la *cura furiosi*.

PALABRAS CLAVE: Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, *curatela*, tutela *furiosus*, medidas de protección.

CONSERVATORSHIP IN THE LIGHT OF THE CONFERENCE OF THE UNITED NATIONS ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES AND ITS ANTECEDENT IN THE CURA FURIOSI

ABSTRACT: Some principles of the Convention of the United Nations contained in its article 12, force us to deal with the validity of our traditional system built around the concepts of “legal capacity” and capacity to act, and therefore the measures of protection such as guardianship or curatorship. A particular type of curatorship is analyzed: *cura furiosi*.

KEYWORDS: Convention on the Rights of Persons with Disabilities, conservatorship, guardianship, *furiosus*, measures of protection.

1.- INTRODUCCIÓN

La Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad(2) (en adelante la Convención) supuso un cambio substancial en la forma de entender los conceptos de capacidad jurídica y el de capacidad de obrar que proceden de nuestra tradición romanística(3). De hecho, la razón de escribir este artículo surge a raíz de una conferencia a la que asistí en el Colegio de Abogados de Barcelona, en octubre del año 2014, en la cual la conferenciante justificaba la necesidad de reformar el sistema de protección(4) y su regulación específica para ajustarlo a la Convención, al tener el actual sistema unos esquemas demasiados rígidos y estar totalmente superado, *por proceder del Derecho romano*. A raíz de esta afirmación que parecía indicar que el Derecho romano era un derecho inflexible y cuyas instituciones se habían visto superadas(5), inicié un proceso de reflexión e investigación sobre esta materia, que se concreta ahora en este artículo. Este rechazo a nuestro tradicional sistema de protección a las personas mermadas o faltas de capacidad de obrar ha hecho que revisemos ésta disciplina a la luz de las fuentes jurídicas romanas.

Como pone de manifiesto el profesor Juan Miquel,(6) lo decisivo del Derecho Romano es que se trata de un Derecho de Juristas, su actividad se distingue por la aplicación de la

lógica, la capacidad de deducción y una delicada elaboración del caso concreto, si le añadimos una inusual permanencia en el tiempo (desde la jurisprudencia pontifical hasta la época de Justiniano). Podemos asistir al nacimiento y delimitación de instituciones jurídicas como la *tutela* y *curatela*, en la época arcaica, a su pleno desarrollo en la época pre-clásica y clásica, a su confusión parcial en la época post-clásica y al definitivo encuadramiento en la época Justiniana. Además, pondremos de manifiesto que la actividad de la jurisprudencia romana conduce a configurar unas instituciones de protección (al menos como se desprende del presente artículo respecto de la *curatela de los furiosi*) más flexibles y modulables que la conformación que se les dio en las diferentes codificaciones europeas del S.XIX.

2.-LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención fue adoptada -tras años de debate, especialmente en torno a su artículo 12- el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. **España** firmó la Convención, así como su Protocolo facultativo, el 30 de marzo del 2007 (el primer día hábil en que se podía hacer) y la ratificó el 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril del 2008). Entro en vigor -en función de las previsiones contenidas en la misma norma- al ser ratificada por 20 países el 3 de mayo del 2008, incorporándose al ordenamiento jurídico español en virtud del artículo 10.2 y 96,1 de la Constitución Española, así como del artículo 1.5 del Código Civil(7). La aprobación de la Convención es calificada de hecho histórico por CASTRO GIRONA(8).

Creemos que es fundamental, para tratar con rigor el estudio de la Convención -y las modificaciones que ésta ha podido suponer en nuestro tradicional sistema romano de protección a las personas que no gocen de plena capacidad de obrar-, la aproximación a su tenor literal. El artículo 12(9) de la Convención versa sobre el concepto de '*legal capacity*' y especialmente sobre '*el ejercicio de la legal capacity*'. En nuestra tradición romanística(10), son dos los conceptos que podrían equivaler al de *legal capacity*: capacidad jurídica y capacidad de obrar(11).

Fueron varios los países que presentaron reservas a la redacción de este artículo preservando su derecho propio, entre ellos Australia, Canadá, Noruega, Venezuela, México y algunos países árabes -aunque por razones muy distintas de los primeros. El Estado español no presentó ninguna reserva; además firmó y ratificó el protocolo facultativo de la Convención en el que se creaba el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas(12). Dicho Comité en su 11ª sesión de 31 de marzo a 11 de abril del 2014, hace el siguiente comentario del artículo 12 en su punto 7:

“States parties must holistically examine all areas of law to ensure that the right of persons with disabilities to legal capacity is not restricted on an unequal basis with others. Historically, persons with disabilities have been denied their right to legal capacity in many areas in a discriminatory manner under substitute decision-making regimes such as guardianship, conservatorship and mental health laws that permit forced treatment. These practices must be abolished in order to ensure that full legal capacity is restored to persons with disabilities on an equal basis with others.”

“7. Los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente,

las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.”

Si comparamos ambos fragmentos, creemos que se ha hecho una traducción demasiado literal de ‘*legal capacity*’ por capacidad jurídica, cuando a veces la traducción española del texto del Comité debería referirse a la capacidad de obrar.

Al decir “*Historically, persons with disabilities have been denied their right to legal capacity in many areas in a discriminatory manner under substitute decision-making regimes such as guardianship, conservatorship and mental health laws that permit forced treatment*” es decir siguiendo la traducción autorizada “*Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso*”

Es evidente que el fragmento hace referencia a nuestro tradicional concepto de capacidad de obrar(13), -o también podríamos decir “al ejercicio de la capacidad jurídica”- pues la capacidad jurídica en nuestro ordenamiento (y en la inmensa mayoría de ordenamientos continentales) se predica desde el nacimiento de la persona -tenga o no discapacidad- con los requisitos establecidos en la Ley, y en este sentido sí que nos apartaríamos de la tradición romana(14). Refuerza nuestra opinión el que el mismo fragmento se refiera a “los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones”, aclarando además que se está aludiendo a la tutela, la curaduría (debería traducirse por curatela), y las leyes sobre salud mental que permiten un tratamiento forzoso. Están confundiendo(15), como acertadamente pone de manifiesto el Prof. Antonio Fernández de Bujan(16), los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Pese a que algunos Manuales de Derecho Civil(17) se pronuncian en el mismo sentido(18), lo hacen en un tono más dubitativo: “Si bé en aquest text internacional -al referirse a la Convención- sembla implicar que la discapacitat, fins i tot quant afecta a la capacitat natural, no hauria d’alterar la capacitat d’obrar de la persona discapacitada encara que requereixi mesures de suport o recolzament”.

Martínez de Aguirre(19) proyecta los tradicionales conceptos capacidad jurídica y capacidad de obrar, sobre el anglosajón ‘*legal capacity*’, pero distinguiendo entre dimensión estática de la capacidad legal que se correspondería con la capacidad jurídica, esto es la aptitud genérica para ser para ser titular de derechos y obligaciones, y la dimensión dinámica de la misma, la aptitud concreta de ejercitar los derechos y las obligaciones de que una persona es titular, lo que constituye la dimensión dinámica de la capacidad legal o capacidad de obrar.

A pesar de ser conscientes del contenido del artículo 12 de la Convención, la Doctrina no va más allá, concluyendo(20): “al nostre ordenament, tanmateix, l’instrument sobre el que encara pivota la protecció jurídica de les persones majors d’edat a qui manca la capacitat natural és la seva incapacitació”.

No se ponen ni un solo momento en **cuestión** los tradicionales sistemas de protección (tutela/curatela) tal como están vigentes en el ordenamiento jurídico español, tanto para los casos en que la persona que no pueda autogobernarse precise bien una sustitución de su voluntad, bien un complemento de la misma.

No obstante, si la cuestión resultaba confusa partiendo del contenido de artículo 12 de la Convención, creemos que el comentario del Comité al artículo 12 de la Convención, contribuye a clarificarlo, al establecer textualmente: “These practices must be abolished in order to ensure that full legal capacity is restored to persons with disabilities on an equal basis with others”.

Es decir, está formulando claramente que tanto la tutela como la curatela deben desaparecer(21), para que las personas con discapacidad recobren la plena ‘capacidad jurídica/legal capacity’ en igualdad de condiciones, con las demás(22). Recordemos que el Comité viene a dar, lo que se podría denominar como interpretación auténtica de la Convención. Si aceptamos que el artículo 12 de dicha norma propugna una supresión de los sistemas de protección para las personas con discapacidad como la tutela o la curatela, pasando a otro modelo de protección, fundamentado en sistemas de apoyo y salvaguardia, ésto podría tener repercusiones importantes en nuestro Ordenamiento, y no solo en cuanto a la capacidad de las personas con discapacidad, sino que podría llevar a replantearnos la capacidad de los menores de edad(23), y el ejercicio de la potestad parental(24).

Creemos que tanto el contenido del artículo 12 de la Convención, como la interpretación que de él hace el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, supera lo para algunos autores no supone más que un tránsito entre un concepto de discapacidad basado en un modelo médico rehabilitador y el concepto de discapacidad fundado en el modelo social reconocido en La Convención. Lo que parece innegable a la vista de la literalidad de los textos citados, es que la Convención pretendía “abolir” sistemas de protección como la tutela o la curatela.

Dentro de los autores que defienden este tránsito al modelo social de discapacidad(25), podríamos encontrar dos posturas. La primera de ellas representada por quienes niegan la necesidad de cualquier sistema sustitutivo de la voluntad(26); la segunda personificada por quienes aceptan la vigencia de los sistemas de protección tradicionales, pero postulan su aplicación de forma puntual, es decir no mediante una sentencia de modificación de capacidad de alcance general que otorgue al tutor/curador las facultades que el tribunal considere, sino a través de decisiones puntuales, según el devenir de los acontecimientos(27).

El Estado español al firmar, ratificar e incorporar la Convención a nuestro Ordenamiento jurídico (art. 10.2 y 96,1 de la C.E., así como del artículo 1.5 del C.C) se habría obligado a ajustar su normativa interna a estas normas. ¿Supondría esto la supresión de la tutela o la curatela? ¿O pasar del paradigma de las decisiones sustitutivas generales a otro fundado en el soporte -voluntario y puntual- en adoptarlas?

Si esto resultare así, se debería realizar tanto una profunda reforma procesal(28) (Ley Enjuiciamiento Civil), como la modificación de instituciones civiles de nuestro ordenamiento jurídico (tutela, curatela) que al menos deberían adaptarse al nuevo sistema, ya que el Estado Español no formuló ninguna reserva al contenido del art. 12(29).

El Estado Español firmó la Convención, el primer día que fue posible pero ¿realmente era consciente de las consecuencias que podía suponer en nuestro Ordenamiento el ajustar la legislación interna al contenido del art. 12 de la Convención? ¿Cómo realizamos una “armonización” con el Código Civil -no rupturista- a tenor del art. 12 de la Convención? Es más, si como sabemos la Convención entró en vigor en España -tras su recepción- el 3 de mayo de 2008, ¿cómo puede ser que el Llibre II del Codi Civil de Catalunya relativo a la persona entre en vigor el 1 de enero del 2.011, sin proponer una solución a este problema?

Es importante resaltar, que a parte de esta confusión de conceptos entre capacidad jurídica/capacidad de obrar, encontramos otra gran dificultad para realizar una interpretación coherente de la Convención. Se trata otra vez de una cuestión terminológica. Si la noción de discapacidad se define como lo hace el artículo 1 de la Convención, como la condición de las personas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, estaremos tomando un concepto muy amplio.

La Doctrina vincula la noción de discapacidad a la situación de una persona que, a raíz de sufrir un déficit o limitación de sus facultades físicas o psíquicas, tiene dificultades para desarrollar actividades de la vida diaria, que al resto de individuos no les resultan complicadas. La intención que persigue la legislación sobre la discapacidad es paliar las desventajas que esta impone y evitar la discriminación de quienes la padezcan, como establece el artículo 49 CE(30).

El Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social mantiene -en el mismo sentido que la Convención- un concepto amplio de discapacidad, definida como una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Se trata -con buena intención- de utilizar un concepto extenso que incluya todos los posibles tipos de minusvalía, para que -el máximo de personas que las sufran- puedan gozar de los beneficios legales (derechos, servicios, programas, prestaciones) que establezca la legislación vigente para compensar su situación. Pero lo que no es posible es, sobre esta noción tan difusa, proyectar una concepción de capacidad de obrar general. Mientras que un discapacitado físico por ejemplo un parapléjico, no tiene porque tener ni remotamente afectada su capacidad de obrar, hay personas con una afectación cognitiva importante que obviamente carecerán de capacidad natural, y, por tanto, de capacidad de obrar. No propugnamos -más bien al contrario- la supresión de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, pero tampoco podemos dejar de poner en evidencia que, el suprimir los sistemas de protección sustitutivos de la voluntad, en casos que son del todo evidentes, conduce a dejar desprotegidos y abandonados a quienes por carecer totalmente de facultad de discernimiento forman parte del colectivo de personas de nuestra sociedad más vulnerable(31).

El concepto de discapacidad(32) sería una noción que podríamos considerar próxima al derecho administrativo, ya que esta circunstancia debe ser reconocida por el Estado, solicitando la valoración del grado de discapacidad -en Catalunya- al Departament de Treball, Afers Socials i Família, que es el organismo oficial competente para reconocer el grado de disminución que corresponda.

El denostado concepto de incapacidad(33) es más reducido, sólo se refiere a las situaciones en que la persona no tiene capacidad de discernimiento, juicio o razón necesaria para la formación de la voluntad del individuo. Este ese el supuesto de hecho - que puede haber sido declarado (o no(34))- mediante una sentencia de modificación de capacidad, y que tanto puede afectar al individuo de una manera temporal(35) como permanente.

Desde que la Convención ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, se han venido haciendo distintas interpretaciones intentando no tanto armonizar, sino argumentar que nuestra legislación vigente no incumple la misma. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009 de 29 de abril(36) de la que fue ponente la Dra. Encarna Roca Trías, fue un punto de referencia ineludible sobre esta materia, a la que siguieron otras como la 5676/2012, de la misma Ponente y posteriormente las Sentencias del Tribunal Supremo 6810/2012 y 3441/ 2.013 de las que fue ponente, Don José Antonio Seijas Quintana.

No hay ninguna Sentencia del Tribunal Supremo posterior a la aclaración del Comité sobre el artículo 12, que tan siquiera lo mencione.

Como ya hemos avanzado, los partidarios moderados de la concepción social de la discapacidad proponen un sistema de apoyos y salvaguardas puntuales. Se mantendrían las instituciones de la tutela y la curatela, pero debería determinarse su conveniencia caso por caso, y no a través de una sentencia de modificación de capacidad de vigencia general. Esta solución es evidentemente respetuosa con los derechos fundamentales de las personas que carecen total o parcialmente de discernimiento o autogobierno, pero nos abocaría al fracaso en su aplicación práctica.

Si en la actualidad los tribunales especializados en modificación de capacidad se hallan totalmente desbordados, ¿cuál sería la situación si su trabajo se incrementase exponencialmente, a la vista del número de decisiones que cada persona que no fuera capaz de autogobernarse (total o parcialmente) precisare tomar a lo largo de su vida?(37). Y, si ponemos los pies en la tierra, que coste presupuestario podría suponer la aplicación de este sistema?(38)

Evidentemente la Convención nos aporta elementos muy positivos en la materia, sin pretender un carácter exhaustivo, la idea de la proporcionalidad, de la intervención con carácter restrictivo, sólo cuando sea preciso, adecuada a cada sujeto, la defensa de la participación política, son algunas muestras de ello. Volvemos a una flexibilidad en la materia propia del Derecho romano, que se perdió con la codificación del s. XIX. Pero esta flexibilidad debe ser viable formalmente, y no es viable a la vista de nuestro sistema judicial, acudir a él para cada decisión que se pueda presentar en la vida de las personas que no tienen (total o parcialmente) capacidad de discernimiento para autogobernarse(39).

Queremos terminar, poniendo de relieve la importante y difícil tarea que ha realizado el Tribunal Supremo justificando la vigencia de la normativa interna anterior a la Convención. Pero este reconocimiento a la labor estabilizadora del Alto Tribunal, no nos puede hacer olvidar que el Gobierno español se comprometió a adecuar la normativa interna a los principios rectores de la Convención.

Y por otra parte, en el ámbito autonómico catalán, el problema se incrementa, ya que el recurso al Tribunal Supremo se debe hacer *ad cautelam* pues esta labor corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en materia civil.

3.-EL ANÁLISIS DE LA CURATELA EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

De las medidas de protección -que modifican la capacidad de obrar- existentes en la legislación autonómica catalana(40), la más respetuosa con los derechos de las personas a quienes se aplica, es la curatela. Vamos a centrarnos en esta figura por considerar, que una mayor utilización de la misma contribuiría al respeto de los derechos de las personas con falta total o parcial de autogobierno.

El artículo 231.1 del Codi Civil de Catalunya establece tres supuestos en los que se puede aplicar la curatela: los menores de edad emancipados -con las condiciones establecidas en la norma-, los incapacitados -hablaríamos de las personas que tienen modificada su capacidad de obrar- a los que no se haya considerado someter a tutela y, en tercer lugar, a los pródigos.

Nos vamos a centrar en el segundo de estos casos -sin descartar el estudio de los otros dos en otra ocasión-, es decir en las personas que conservan parcialmente su discernimiento (incapacidad relativa art. 223-4,3 CCCat).

Un rasgo identificador de la curatela es que no otorga la representación legal de la persona a quien se aplica -sin perjuicio de que la misma norma enmienda este principio en el que se ha fundamentado la configuración tradicional de la curatela. Y, es que en el mismo punto 1 del artículo 223-4 se hace referencia, a modo de excepción, al innovador supuesto contenido en el artículo 223-6 del CCCat, al que luego nos referiremos.

En la dogmática moderna la diferencia entre tutela y curatela radica, en que mientras el tutor representa y sustituye al tutelado, en la curatela -que presupone un grado de discernimiento superior- el curador no puede ni representar, ni sustituir al curatelado. La curatela actuaría como un complemento de capacidad de la persona para realizar actos jurídicos que, o bien por ley o según lo que disponga el contenido de la sentencia, la persona protegida no puede realizar por sí sola. (artículo 223-4,3). Esta cuestión que aparentemente es sencilla, ha presentado en la práctica múltiples interpretaciones. A nuestro juicio deben concurrir ambas voluntades (**la del** curatelado y la del curador) para tomar una decisión válida e inatacable. La función del curador es aconsejar, instruir, asistir(41) al curatelado y cuando este tenga formada su voluntad, prestar su conformidad o no al acto. Esta conformidad del curador puede ser anterior, simultánea o posterior a la manifestación del protegido, pero en todo caso debe constar de manera fehaciente, porque, **en caso contrario**, el acto sería anulable (artículo 223-8 CCCat).

El contenido de la curatela vendrá determinado por la sentencia que la declare; en este sentido el alcance de la misma tiene la máxima ductilidad. Será la resolución judicial la que, en función de la persona protegida, determine qué actos o que tipo de actos deben ser objeto de protección. Superamos en este sentido la configuración de una curatela de carácter puramente patrimonial, ya que puede referirse, también, tanto al ámbito de la salud como a cualquier aspecto personal que se considere relevante.

Sin embargo, entendemos que el artículo 223-4,3 no es respetuoso con los principios de mínima intervención, de proporcionalidad y carácter restrictivo de las medidas de protección propugnados por la Convención, al fijar un contenido mínimo, ya que establece preceptivamente la intervención del curador en los actos en los cuales el tutor debe obtener autorización judicial art. 222.43 CCCat.

Y, si se tratara de una curatela que afectase a la salud, ¿el protegido también se verá afectado por la necesaria concurrencia del curador en los actos del art. 222.43 CCCat.? La norma es un residuo de la antigua concepción dominante de la curatela como una medida de protección de carácter patrimonial, pero que no encaja en el contenido flexible de la misma a la que la misma norma alude.

No dejan de plantear problemas en la práctica, los supuestos en que una persona - protegida con una curatela que alcanza el ámbito patrimonial- quiere realizar un acto de los previstos en el artículo 222-43 CCCat. Desde nuestro punto de vista, al configurarse la curatela como un complemento de capacidad, con la concurrencia del curador y el curatelado basta. Si bien en la práctica se viene exigiendo un triple consentimiento: curador, curatelado y autorización judicial. Los que defienden esta postura -a pesar del tenor literal del artículo 222-43, que se refiere únicamente al tutor y al administrador patrimonial- se apoyan en el artículo 223-10, que remite a las normas de la tutela en lo no previsto para la curatela. Si bien una lectura detenida del precepto, nos hace concluir que esta aplicación analógica -ciertamente limitada a algunos ámbitos- no debe producirse si se vulnera el régimen propio de la curatela, y como he venido diciendo -con las puntualizaciones que realizaré al referirme al artículo 223-6 del CCCat- la esencia de la curatela es ser una medida de protección que complementa la capacidad.

Otras cuestiones se suscitan por la vaguedad de los términos de la sentencia, ya que muchas se limitan a recoger que la persona que tiene modificada su capacidad no podrá realizar sola actos patrimoniales complejos, concepto éste demasiado vago para ser operativo y que traslada la responsabilidad de decidir cuando debe actuar o no a los propios curadores. Las fundaciones tutelares que ejercen de curador han venido reivindicando la necesidad de que la resolución judicial sea más precisa(42), pues entre sus funciones no se encuentra la calificación jurídica de los actos de sus curatelados(43) y ello repercute negativamente en la gestión diaria de su actividad.

Para concluir, el postulado que mantiene que la curatela supone una incapacidad parcial y la tutela una incapacidad total, debe precisarse. En primer lugar, la curatela siempre precisa que la persona protegida tenga cierto grado de discernimiento (al no sustituir la voluntad del curatelado). En segundo lugar, en cuanto medida de protección la curatela puede abarcar aquellos ámbitos que determine la sentencia, pero nada obsta a que se proyecte sobre todos los ámbitos de la vida del curatelado. Y en tercer lugar, la tutela puede aplicarse a un persona que precise una modificación de capacidad referida únicamente a determinados ámbitos (patrimonial y salud por ejemplo) pero que requiera una medida de protección sustitutoria, porque la actividad de apoyo, asesoramiento y salvaguardia del curador no es suficiente para que pueda formar su propia voluntad.

El artículo 223-6 CCCat. regula un tertium genus -la curatela con facultad de administración- que es aplicable únicamente al supuesto de las personas con la capacidad modificada judicialmente; en la resolución judicial se puede atribuir al curador funciones de administración ordinaria de la persona protegida.

Como ya hemos reiterado consideramos la curatela como un complemento de la capacidad, no obstante en esta última modalidad se confieren al curador facultades de más calado, pudiendo -por sí sólo- realizar todas las actividades que puedan considerarse de administración ordinaria(44) respecto al patrimonio de la persona curatelada.

De hecho, esta interesante figura viene a resolver muchos de los problemas que se planteaban en la práctica en las curatelas de contenido patrimonial, pues, si bien esta medida de protección es respetuosa con los derechos de la persona protegida, a veces su articulación en la práctica (especialmente en el caso de que interviniesen entidades financieras) era compleja. De ahí que Chimeno Cano(45) partidaria de la tutela -por cuanto considera que evita el desvalimiento del sujeto- manifiesta: “el régimen de representación permite una adaptación a las concretas circunstancias del individuo(46) al acoplar su estatuto jurídico a la limitación del autogobierno del demandado. En términos coloquiales, la tutela resuelve más que la curatela”. Esta afirmación es cierta por cuanto es mucho más difícil gestionar una curatela -que puede suponer un periodo de asesoramiento, una “negociación” hasta que el curatelado es capaz de formar su voluntad-, que una tutela, en la cual es únicamente el tutor el que debe decidir cual es la decisión más acertada. Pese a que este inconveniente se supera en gran parte con la curatela con facultad de administración, en la cual no se impide la participación del sujeto protegido, pero se consigue una solución más funcional, efectiva y respetuosa de los derechos de las personas afectadas.

4.- UN CASO DE CURATELA EN ROMA: *EL FURIOSUS*

Pasemos finalmente, como decíamos más arriba, al análisis comparativo de esta modalidad de la curatela romana. La necesidad de contemplar la idiosincrasia de personas con enfermedad mental fue advertida ya en épocas muy antiguas. En derecho romano, la primera cita directa nos aparece en la Ley de las XII Tablas(47)

“Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto” (Tab. 5,7ª)

En este fragmento se alude a la *potestas* que sobre el enajenado y sus bienes tendrán los agnados y gentiles. Esta protección se configura ya como una actividad más o menos sustitutiva de la voluntad, que apunta a la esfera patrimonial y personal(48). El texto decenviral no se refiere ni a la tutela ni a la curatela(49) sino a la ‘*potestas*’. A partir de la ‘*potestas*’ sobre los ‘*furiosi*’, se irá desarrollando la ‘*cura*’, que pasará a adquirir una sustantividad propia, por un proceso de especificación similar al que se produce con el poder del ‘*paterfamilias*’ cuando se proyecta sobre distintos sujetos (*patria potestas, manus, mancipium*). Esta referencia al poder sobre la persona y los bienes del ‘*furiosus*’, tanto podría ser debida a la falta de diferenciación entre tutela y la embrionaria institución de la curatela, como a la necesidad de una intervención exhaustiva y rápida ante la posible peligrosidad de la persona con enfermedad mental a la que se refieren bastantes fragmentos del Digesto(50), o bien a que el enajenado carece -según las fuentes- totalmente de voluntad, o al concurso de todas estas razones.

Este poder, que se ejercita sobre la persona que sufre enfermedad mental, no se configura en la época arcaica(51) como una institución de protección del individuo(52), sino más bien de la *gens* y consiguientemente **va** dirigida a la perpetuación de la misma(53). De tal manera que no se desarrollarán las acciones procesales para exigir responsabilidad al que ejercitara la *potestas*, hasta mucho más tarde. Aunque, es evidente, como resalta el profesor Fernández de Bujan(54) que, ya en la época de Servio, se trasluce la finalidad

tuitiva, al menos en la institución de la *tutela*, que se configura como un “poder sobre una persona libre que permite y otorga el derecho civil, para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo”(55).

Es razonable pensar que en la época arcaica la preocupación predominante era la pervivencia de la comunidad, mientras, qué en la época clásica, esta protección se trasladaría a los sujetos que la precisaren.

La identificación de un concepto de enfermedad mental en las fuentes romanas es una labor compleja; muestra de ello es que encontramos una variada referencia terminológica que normalmente era identificada por los comportamientos o manifestaciones externas del sujeto. El término *furiosus*(56) es el más utilizado para hacer referencia a las enfermedades mentales(57), pero también se utilizan otros términos, como *demens*(58), *mente captus*(59), *insanus*, *fatuus*, *lunaticus*, *non sua mentis*; *non compos mentis*; *melancholicus*(60). Cicerón lo utiliza a modo de definición “*furor atque dementia*”(61) y desarrolla las distintas situaciones que podríamos encontrar(62). Guarino(63) -siguiendo en este sentido a Audibert- considera que el término *furor* es más intenso y grave que la genérica *dementia*. Entendemos que toda esta variedad de términos y clasificaciones, tienen su punto de partida -como ya hemos avanzado- en las manifestaciones exteriores de los sujetos, ya que son los únicos criterios de los que se disponía hasta la aparición del psicoanálisis moderno.

Uno de los rasgos característicos de la enfermedad mental se refiere, a que ya desde la norma decenviral se hace alusión a una patología sobrevenida, es decir pudiera estar latente desde el nacimiento por una predisposición genética pero la enfermedad mental ‘debuta’ o se hace patente en un momento posterior de la vida del sujeto.

Se exige cierta permanencia, teniendo en cuenta los intervalos lúcidos(64) que pueden existir, y un cierto componente de incurabilidad(65), pero al mismo tiempo sin dejar de contemplar la remisión o posibilidad de curación. Es decir, ni puede decirse que pueda existir una enfermedad mental al aparecer el primer síntoma -ya que algunas fuentes hablan de ‘histeria’ al referirse a un episodio de obnubilación puntual- ni es necesario exigir un estado o situación inmodificable sin posibilidad de remisión.

Diliberto(66) también considera como característica propia del *furiosus* en la época arcaica, la aceptación de un origen divino en la locura.

Como ya hemos apuntado(67), en la Ley de las XII Tablas ya se refiere a una actividad -más o menos sustitutiva- de la persona afectada por enfermedad mental que alcanza tanto a su esfera patrimonial como a la personal. Esta configuración se mantiene en la época clásica, así en D. 27,10,7 pr. Juliano insiste en que el curador del enajenado debe cuidar con prudencia y trabajo, no solo del patrimonio sino también el cuerpo y la salud del *furiosus*.

La semántica del término *potestas* también ha sido objeto de múltiples debates doctrinales(68). Es evidente que supone un poder muy amplio, aunque se puede moldear y puede ser objeto de graduación, -así lo vemos, con las diversas proyecciones que encontramos en D.50,16,215(69)-. En este sentido, Lanza resalta la interesante situación del *redemptus ab hostibus* que pasa de la potestas del enemigo a la potestas del *redemptor* (no operando en este caso el *lus postliminii*) y que pone de manifiesto la multiplicidad de situaciones intermedias y por tanto la flexibilidad del poder.

Guarino consideraba que la curatela -en particular del *furiosus*- afectaría al *status* de la persona (más o menos identificable con el concepto que modernamente denominamos capacidad jurídica). Es decir, este autor propuso una teoría -ampliamente rebatida por la doctrina- según la cual, la ausencia de capacidad de obrar, implicaría la supresión de la capacidad jurídica(70). Diliberto se opone a la posible extinción de la capacidad jurídica del *furiosus* aunque matiza que es difícil pensar que, en una época antigua, pueda mantenerse la abstracta titularidad de los bienes del *furiosus* bajo *potestas* -a pesar de que es propio del Derecho Romano, las situaciones de “no extinción” o de vacancia de los derechos-. Para Diliberto la peculiaridad de este régimen tiene que ver con la incertidumbre sobre la duración de la condición de *furiosus*(71). Pugliese propone que en la época decenviral sería posible una supresión temporal de la capacidad jurídica; el curador ostentaría una “propiedad funcional” de los bienes de las personas sometidas a potestad, en tanto esta situación se mantuviera. En definitiva, ninguna de estas teorías ha sido totalmente aceptada por la romanística.

La jurisprudencia preclásica y clásica trabajarán intensamente en la delimitación de ambas esferas -capacidad jurídica, capacidad de obrar- partiendo de un concepto previo y gradual de capacidad jurídica basada en la idea genuinamente romana de *status*.(72) Así en D.28,1,16 (*lib. sing. reg.*) Pomponio contrapone el supuesto del *furiosus* al **del** hijo de familia, al esclavo ajeno, y al póstumo. Y, es que en estos tres casos (hijo de familia, esclavo ajeno, póstumo) no se podría alcanzar la situación óptima (*libre, cives y sui iuris*) de capacidad jurídica. Por el contrario, el *furiosus*, si podría gozar del *status* óptimo a pesar de que su capacidad de obrar estuviese limitada, de ahí la contraposición entre estos grupos de sujetos. Es este posible *status* del enajenado lo que podría condicionar un régimen de protección especial, la curatela, en lugar de la tutela.

Si examinamos al *furiosus* desde el punto de vista de la capacidad del sujeto, el tratamiento del enajenado en las fuentes romanas, sería asimilable -como dice Fernández de Bujan(73)- al **del** “*infans*” (0-7 años), a quienes se les atribuye como medida de protección, la tutela, por carecer totalmente de capacidad de obrar “*qui fari non potest*”.(74) Distinta es la situación del pródigo, puesto que, a diferencia del *furiosus*, mantiene en todo caso cierta capacidad de obrar, cuanto menos para enriquecerse y su posición se asemejaría al *infantia maior* (7-12/14años).

Ambos sujetos, *furiosus* y *prodigus* -que podrían gozar de un *status* óptimo- estarían afectados de manera diferente en su capacidad de obrar- y no obstante, gozaron de similar protección, la *curatela*. Esta institución que, observada desde la dogmática moderna, no pretende sustituir la voluntad de la persona afectada, sino complementar o reforzar la capacidad, pero que, en Roma, podría utilizarse para tanto para sustituir**la** como para complementar**la**.

El tratamiento del *furiosus* se extenderá al pródigo(75), aunque esta última figura goza de menos interés por parte de la jurisprudencia. No obstante, encontramos en el Digesto un fragmento fundamental, D.27,10,1 pr. (*Ulp 1 ad Sab*) en el que Ulpiano deja entrever dos momentos evolutivos distintos. En un primer momento, la actuación protectora del pródigo se realizaría con la *interdictio*, **con** la prohibición de realizar determinados actos (*mancipationes* y otorgamiento de testamentos); mientras en la época clásica, la protección se extiende a una amplia actividad de administración por parte del curador. Estas dos formas de protección se mantendrán coexistiendo hasta que predomine la administración del curador -más propia y adaptada a las necesidades del tráfico jurídico

de la época clásica-. En este fragmento se introduce al final la figura del *furiosus* a los efectos de constatar que ambos están sujetos a curatela.

En diversos textos del Digesto vemos que los juristas clásicos -poniendo de manifiesto su flexibilidad y rigor-, delimitan la relevancia jurídica de la persona con enfermedad mental -y por tanto del contenido de la curatela- en base a argumentaciones teóricas originales, adaptadas a cada caso. Así podemos ver en las fuentes, una elaboración de la figura del *furiosus*. En D.26,5,8,1 (*Ulp 8 de omn.trib*) estudia el supuesto de un pretor que sufre un arrebató de enajenación o demencia, circunstancia que no afectaría a la titularidad de la magistratura -es decir no se le privaría *ipso iure* de su cargo -aunque el acto realizado en tal arrebató no valdría. En D.47,10,17,11 (*Ulp 57 ad ed.*) se muestra el predominio de la visión procesal del Derecho Romano, pues si un hijo de familia recibe una injuria y su *paterfamilias*, que está presente -y es quien debería accionar-, no puede hacerlo por 'locura o demencia', se dará la posibilidad de interponer la acción al hijo, porque el padre es como si estuviera 'ausente' o 'mente captus'. En D.28,3,20 (*Scaev. 13 dig.*) Escévola se plantea el tema de que un ciudadano romano, Lucio Ticio -en plenas facultades físicas y mentales-, que hace testamento pero posteriormente se trastorna -*mente captus*- y rompe el precinto. El jurista admite que los herederos puedan aceptar la herencia. También en D.33.2.32.6 (*Scaev. 15 dig.*) el jurista vuelve a utilizar el término *mente captus*(76); en este pasaje el testador instituye herederos a dos hijas y a un hijo que sufre una enfermedad mental, lega además a una de sus hijas, *Publia Clementiana* un usufructo para que alimente a su hermano hasta que sane. Escévola propone como recurso jurídico la institución del enajenado como co-heredero -que presupone la subsistencia de su capacidad jurídica-, al tiempo que diseña una institución jurídica de protección: el usufructo de la porción hereditaria del enajenado con un 'modus' o carga modal, con finalidades alimentarias. Alimentos, que según el texto habríamos de interpretar en un sentido amplio (alimentar, proteger, administrar). El fragmento se encuentra en el título relativo "al legado o fideicomiso de uso, de usufructo, de rédito, de habitación, de servicios", y muestra la preocupación protectora del progenitor de un *furiosus* en su búsqueda de la institución jurídica tuitiva más adecuada a la situación, ya que en todo caso el legado de usufructo tiene carácter temporal "hasta que sane y cobre su cabal juicio"(77).

Lo cierto es que la evolución de la originaria *potestas* conduce, no a una única y uniforme forma de curatela, sino a distintas modalidades (*cura debilium personarum, cura bonorum, cura absentis, curator hereditatis iacentis, curator ventris*), sin que el contenido y alcance de la medida de protección deba tener un contenido único. Proponemos un concepto amplio de curatela como medida de protección, que es objeto de una doble evolución: por una parte, el desarrollo de la *cura* desde un contenido más restrictivo -la prohibición de realizar determinados actos o *interdictio*- hacia una mayor intervención (administración o *cura* en sentido amplio); y por otra parte, la existencia de diversas formas de curatela que acaban unificándose. Este fenómeno -común también en otras instituciones- sería lo que, siguiendo a Archi(78), conduciría a la confusión de esta materia en el Digesto.

Por mucho que se hayan superado las teorías de quienes propugnaban que la supresión de capacidad de obrar podría suponer la extinción (temporal o definitiva) de la capacidad jurídica, lógicamente ambas esferas se relacionan entre ellas, pues nos encontramos en un contexto histórico muy alejado de la atribución de capacidad jurídica a una persona por el simple hecho del nacimiento. Es por ello, que no es posible estudiar la curatela sin

atender previamente al *status* del sujeto, pues podría ser que esta circunstancia determinara la elección de la medida de protección (tutela o curatela).

En definitiva, entendemos que, si debiésemos optar por un rasgo característico de las instituciones de protección en Roma, especialmente en el caso examinado del *furiosus*, nos inclinaríamos por la flexibilidad de la curatela que permite tanto sustituir como complementar la capacidad y aplicarla a supuestos que no son idénticos. Elasticidad propia del casuismo romano, que permite ajustar el tratamiento al supuesto concreto.

NOTAS:

(1). Este artículo ha sido publicado en la revista “La Notaria” número 1/ 2.018

(2). Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación “Regulae iuri” sobre relaciones jurídicas obligatorias: historia textual, interpretación, práctica”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, ref. DER2016-75518-P. El texto que sigue refleja el avance de la comunicación presentada en el pasado Seminario romanístico internacional Salvius Iulianus organizado por la Universitat Rovira i Virgil durante los días 5 y 6 de julio de 2.018; Sobre estos temas, hemos publicado unas primeras consideraciones en en RGDR 30 (2018).

(3). FERNANDEZ DE BUJAN, A. “Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación” Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales, número 83-84 Especial 50 Aniversario ICADE, 2.011 págs. 119-155. “La Convención Internacional de 2006 sobre los Derechos de las personas con discapacidad, supone un cambio de paradigma en la concepción y el tratamiento de las personas con discapacidad, que obliga a modificar y adaptar la legislación española al respecto” . El autor centra su acertada exposición en reconducir el procedimiento de modificación de capacidad -aún según la LEC- “procedimiento de incapacitación” al ámbito de la jurisdicción voluntaria, es decir volver a la regulación existente antes de la reforma de la LEC del 2000; v. asimismo MARTINEZ DE MORENTIN, M.L.”De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en derecho actual”.Anuario de Derecho Civil. Abril-junio, 2004, pág 7755-825, RGDR 4 2005;

(4). En este sentido se habría de reformar tanto el procedimiento de modificación de capacidad arts. 756 y ss. LEC; arts. 199 y ss. del Código Civil español y en territorio catalán, el Llibre Segon del Codi Civil relatiu a la persona y familia aprobado por Llei 21/2010 de 29 de julio -que entró en vigor el 1 de enero de 2.011.

(5). No pretendemos negar lo que es evidente: que el Derecho de personas romano gira también en torno a algunos principios que hoy día nos repugnan: desigualdad entre personas libres y esclavos; desigualdad entre hombres y mujeres; desigualdad entre sui iuris y alieni iuris.

(6). MIQUEL, J. Derecho Romano. Marcial Pons. Madrid. 2016, págs. 101 y ss.

(7). Según la Disposición Final de la Ley 1/2009 de 25 de marzo “el Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de los procedimientos de incapacitación judicial que pasará a denominarse procedimientos de modificación de capacidad de obrar, para la adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con

Discapacidad adoptada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006". Es de resaltar que habiéndose superado ampliamente el plazo establecido, sigue pendiente la reforma del procedimiento de incapacitación.

(8). CASTRO-GIRONA MARTINEZ, A., "La Convención de los Derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el Notario "ombuds-man social", en Red Iberoamericana de expertos en Discapacidad y Derechos Humanos www.derechoshumanos.aequitas.org/documentos.php_mayo_2.011 y "Nuevos retos para el Notariado tras la Convención de Nueva York" en Nuevas Orientaciones del Derecho Civil en Europa. Aranzadi 2015, págs. 165-182.

(9). Article 12 1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.

2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.

3. States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.

4. States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.

5. Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property. <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/article-12-equal-recognition-before-the-law.html>

Artículo 12. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. -12- 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente,

independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

(10). Hablamos de tradición romanística, ya que estos conceptos no fueron formulados por los juristas romanos, aunque los conocían y distinguían con precisión.

(11). FERNANDEZ DE BUJAN, A. Derecho Romano .Aranzadi 2017 págs. 144 y ss. “Los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, pertenecen a la dogmática jurídica moderna que, formulada, en buena medida por la Pandectística alemana del siglo XIX tiene su fundamento en las fuentes romanas y tradición romanística...(..) Cabría pues hablar en el primero de los supuestos de poder de titularidad y, en el segundo de poder de ejercicio”; BUCKLAND, W.W. and McNAIR, A “Roman Law and Common Law” Cambridge University Press Second Edition 1974. pág. 47 Los autores comparan el funcionamiento de la tutela en Roma y en el Reino Unido, interesante pues ambos sistemas se caracterizan por ser unos derechos casuísticos. “it seems probable that the rule is in practice in our law the same as that in Rome”

STEIN, P “The character and influence of the Roman Civil Law” pág. 251 “is a classic exemple of the way in which English law manages to avoid theory as long as possible and then turns to contemporary continental doctrine when at last it needs a theoretical explanation of the institutions which it has developed pragmatically”.

(12). El Comité de los derechos de las personas con discapacidad es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención.

El Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de los Estado Partes y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte a la Convención que no haya firmado también el Protocolo.

(13). MIQUEL, J. Derecho Privado Romano. Marcial Pons. Madrid 1992 pág. 51 y ss. “Efectivamente el Derecho Romano carece de termino técnicos para lo que nosotros llamamos persona, capacidad jurídica y capacidad de obrar....Sin embargo la idea romana de capacidad no es única y rígida sino que viene determinada en relación con el concepto de status.

(14). PUGLIESE, G con la collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca. Istituzioni di Diritto Romano. Torino, 1998. 2ªed. G. Giappichelli Editore pág.215 y ss. “Fin dall’ epoca arcaica, infatti, soltanto i soggetti che si trovassero in particolari posizioni rispetto al gruppi sociali di appartenenza potevano essere titolari di diritti ed obblighi, avere cioè quella que modernamente viene chiamata -capacità giuridica-

(15). Aunque algunos autores, sostienen que más que una confusión se produce una unificación de conceptos. Ver nota 21.

(16). FERNÁNDEZ DE BUJAN, A. “Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación” Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales, número 83-84 Especial 50 Aniversario ICADE, 2.011 pág. 125 “ En relación con el contenido del artículo 12 cabe realizar las observaciones que siguen: -En el apartado 2 del artículo 12 no se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad”

(17). ARROYO, E, BOSCH, E, FERRER, J, GINEBRA, E, LAMARCA, A, NAVAS, S, VAQUER A “Dret Civil. Part General i dret de la persona” Atelier Llibres Jurídics. 2.013 pág. 261 y ss.

(18). Hemos optado por un manual de Derecho Civil Catalán puesto que nuestro estudio se enmarca en la legislación catalana, aunque lógicamente nos apoyamos en la Constitución española, Ley de Enjuiciamiento Civil y resto de normativa aplicable

(19). MARTINEZ DE AGUIRRE.C “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas. DYKINSON 2.013 Coord. Sofia de Salas Murillo Monografías de Derecho Civil.

(20). ARROYO, E, BOSCH, E, FERRER, J, GINEBRA, E, LAMARCA, A, NAVAS, S, VAQUER A “Dret Civil. Part General i dret de la persona” Atelier Llibres Jurídics. 2.013 pág. 262 y ss. Es cierto que la obra es anterior a la publicación de las conclusiones de la Sesión del 31 de marzo al 11 de abril del 2.014 del Comité.

(21). FLYNN, E “The suport model of Legal Capacity: Fact, Fiction or Fantasy?” Berkeley Journal of International Law. 2014 Vol. 32 Issue 1 págs. 124-143 “The Committee states that a substituted decision-making regime is a system where : 1) legal capacity is removed from the individual even if just in respect to a single decision 2) a substitutes decision-maker can be appointed by someone other than the individual, and, 3) any decision made is bound by what is believed to be the objective “best interests” of the individual as opposed the individual’s own will and preferences.

(22). Se trataría de unificar el concepto de capacidad jurídica y capacidad de obrar en este sentido GANZEMÜLLER ROIG, C “La función del Ministerio Fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad” en Hacia un Derecho de la Discapacidad...op.cit pág. 396 y ss. Las afirmaciones del autor están recogidas en el recurso del Ministerio Fiscal que dio lugar a la STS 29 de abril del 2.009, y en su fundamento de derecho tercero según el cual “La Convención unifica la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona”.De ahí nuestra reflexión sobre la influencia que la solución de la cuestión se pueda proyectar sobre los menores de edad.

(23). Del mismo parecer MARTINEZ DE AGUIRRE, C “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” pág. 24 y ss. Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas Colección monografías de Derecho Civil. Ed Dykinson Coord. De Salas Murillo, S (2013).

(24). Es la denominación que recibe la institución de la ‘patria potestat’ en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya (Ley 25/2010 de 29 de Julio).

(25). PALACIOS RIZZO, A. “La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española” en Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo. Ed. Thomson-Reuters-Aranzadi 2.009 pag 143 y ss. Coord. PEREZ BUENO, L.C

(26). FLYNN, E “The support model of Legal Capacity: Fact, Fiction or Fantasy?” Berkeley Journal of International Law. 2014 Vol. 32 Issue 1 págs. 124-143 “The Committee states that a substituted decision-making regime is a system where : 1) legal capacity is removed from the individual even if just in respect to a single decision 2) a substitutes decision-maker can be appointed by someone other than the individual, and, 3) any decision made is bound by what is believed to be the objective “best interests” of the individual as opposed the individual’s own will and preferences

(27). GANZENMÜLLER ROIG, C. “Garantías y derechos de las personas con discapacidad especialmente vulnerables en la Convención de Nueva York. 2.003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España”. Estudios en Homenaje a Miguel Angel Cabra Luna, Coord. por Luis Cayo Pérez Bueno, Gloria Esperanza Alvarez Ramírez, 2.012 pág. 401 y ss. El autor propone no acudir a un proceso de incapacitación de amplio objeto, como regla general, Se trataría de procedimientos puntuales y limitados a examinar la necesidad concreta. Volveríamos pues a un sistema casuístico como el de nuestra tradición romana. Sin embargo, sin una multiplicación de juzgados destinados a este fin, esta teoría es totalmente impensable, diríamos que es una opción inviable desde un punto de vista económico.

(28). DE ASIS RORG, R; BARRANCO AVILES, M.C; CUENCA GOMEZ, P; y PALACIOS RIZZO, A. “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad en Derecho Español” Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español. Madrid, Ed Dykinson 2.010 pág. 30 y ss. Ver también en este sentido la nota núm. 6

(29). SANTOS URBANEJA, F “A propósito de los efectos en el Código Civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas. Estudios Jurídicos número 2009 pág. 21 y ss. Terminar con la distinción ente capacidad jurídica y capacidad de obrar significa tocar los cimientos, estructura y esencia del Código civil, podría suponer una dosis de “inseguridad jurídica” no asumible.

(30). El artículo 49 CE establece expresamente el deber de los poderes públicos de prestar atención especializada a las personas con disminución física, sensorial o psíquica, para que puedan disfrutar la plenitud de sus derechos fundamentales.

(31). Puestos a recurrir a un ejemplo extremo, si el sistema social no permite la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad, que ocurriría con las personas que tienen una demencia tipo Alzheimer en una fase avanzada, ¿las dejamos totalmente abandonadas? ¿Quién podría tomar la decisión de que reciban unos cuidados dignos hasta el final de sus vidas?

(32). No es objeto de este artículo, pero debe distinguirse el concepto de invalidez más restrictivo, propio del ámbito del derecho laboral, del de discapacidad.

- (33). Quizás deberíamos proponer un término “nuevo” sin un contenido a priori negativo.
- (34). Evidentemente porque no se haya iniciado todavía el proceso de modificación de capacidad, al no existir una necesidad o un riesgo evidente para el propio sujeto afectado.
- (35). La declaración de incapacidad exige cierta permanencia pero si las circunstancias cambian se puede iniciar un nuevo procedimiento que puede dejar sin efecto las medidas de protección anteriores, o modificar la intensidad de las mismas.
- (36). La sentencia acoge los razonamientos del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.
- (37). De la misma manera que en Roma las dos escuelas existentes en el S.I discutían sobre cual debía ser el criterio para determinar la llegada a la pubertad: la inspectio corporum caso por caso, propugnada por la Escuela Sabiniana o la fijación de una edad defendida por los Proculeyanos, criterio este que por seguridad jurídica acabo acogiendo Justiniano.
- (38). De hecho el motivo presupuestario fue uno de los que argumento Noruega para poner su reserva al artículo 12 de la Convención.
- (39). Hay muchos trabajos al respecto en derecho español, sin carácter exhaustivo DE SALAS MURILLO, S “Repensar la curatela” Derecho Privado y Constitución nº27, 2013, págs. 11-48; Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas. Colección Monografías de Derecho Civil. Dykinson 2.013 coordina Sofia de Salas Murillo; VIVAS-TESON, Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia. Coord.. Francisco Lledó Yagüe, Alicia Sánchez Sánchez, Oscar Monje Balsameda. Vol I,2011, Parte sustantiva. Págs..363-374; LEGEREN-MOLINA,A. Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de las Naciones Unidas. Coord.. Maria E. Rovira-Sueiro, Antonio Legerén-Molina, Sofia de Salas Murillo, María Victoria Mayor del Hoyo. 2.015. págs. 63-224. GUILARTE MARTIN-CALERO, C. “El procedimiento para la adopción de las medidas de protección: una propuesta de reforma”.Jornadas de Tossa XVII.2.012 y La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable. Mc.Graw-Hill. 1997. Y en el ámbito catalán VAQUER ALOY (coord.), A Dret Civil. Part General i Dret de la Persona. Atelier. 2.013 (Arroyo Amayuelas, E, Bosch Capdevila, E., Ferrer i Riba, J, Ginebra Molins,E, Lamarca i Marques, A, Navas Navarro, S, Ribot Igualada,J.); Les institucions de protecció de la persona en el Dret Civil de Catalunya. BOSCH CAPDEVILA, E; DEL POZO CARRASCOSA, P; VAQUER ALOY, A. Centre d’estudis jurídics i formació especialitzada. Departament de Justícia. 2.012.
- (40). La figura del ‘asistente’ del artículo 226-1 CCat., no es incapacitante. Desgraciadamente es poco utilizada.
- (41). No debe en el sentido técnico que tiene la figura de la Asistencia prevista en los artículos 226-1 y ss.CCCat.
- (42). Solicitando en muchos casos aclaraciones de la sentencia que muchas veces no son atendidas
- (43). A diferencia de otros operadores jurídicos como los Notarios o los Registradores de la Propiedad.
- (44). El concepto de administración ordinaria se define en sentido negativo, se trataría de las actividades que no podemos considerar administración extraordinaria, es decir aquellas del artículo 222.43 CCCat.

(45). Chimeno Cano, M "Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal" Colección Monografías de Derecho Civil. Ed. Dykinson Los Mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas.2.013 pág.117 y ss.

(46). A costa de sus derechos fundamentales

(47). RANDAZZO, S. "Furor e lucidi intervalli. Riflesioni sul regime giuridico della demenza" IURA 2014;XXII Jovene Napoli pág. 171 y ss. "Una difficoltà a cui ha iniziato a dare una risposta -prevalentemente in chiave diagnostica- la moderna psicoanalisi

(48). PUGLIESE, G con al collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca." Istituzioni..." pag "Le XII tavole attribuirono agli agnati e ai gentiles la potestas sul furioo e sui beni"

(49). Sin embargo, la tutela sí que aparece citada en la Tab. V

(50). D. 1, 18, 13, 1 (Ulp. 7 de off. procons.) Furiosis, si non possint per necessarios contineri, eo remedio per praesidem obviam eundum est: scilicet ut carcere contineantur. et ita divus Pius rescripsit. sane excutiendum divi fratres putaverunt in persona eius, qui parricidium admiserat, utrum simulato furore facinus admisisset an vero re vera compos mentis non esset, ut si simulasset, plecteretur, si fureret, in carcere contineretur.

D. 1, 18, 14 (Macer 2 de iudic. publ.) Divus Marcus et Commodus Scapulae Tertullo rescripserunt in haec verba: " Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur. et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit. si vero, ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admiserit nec morbo eius danda est venia, diligenter explorabis et si quid tale compereris, consules nos, ut aestimemus, an per immanitatem facinoris, si, cum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficiendus sit. cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturus nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae negligentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levare vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui negligentiores in officio suo fuerint. "

(51). BONFANTE, P. Corso di diritto romano 11ª reimpr. Milano 1.963, Es el primero en formular una teoría sobre la relación entre tutela y hereditas que resolvía con la confusión entre la figura del tutor y el heredero

(52). GUZMAN, A. "Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana" Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1976 pág. 60 y ss. El Derecho arcaico no conoció una institución cuya función consistiera en proteger bienes (y menos la persona) del pupilo. Antes de que surgiera la actio negotiorum gestorum, los pupilos no tenían medios eficaces para exigir de su tutor las cuentas de su administración; solo por los hurtos, a través de la actio rationibus distrahendis, y una vez terminada la tutela.

(53). PUGLIESE, G. con al collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca.” Istituzioni...”pág.274 “Nel periodo antico la tutela non era concepita come un istituto a protezione dell’impubere o della dona, bensí come un potere spettante al tutore nell’interesse propio e della familia de cui era esponente.

(54). FERNANDEZ DE BUJAN, A. Derecho Romano . Aranzadi 2.017 pág. 153 y ss. y de forma análoga puede encontrarse en FERNANDEZ DE BUJAN, A, Derecho privado romano. 6ª edición.IUSTEL 2013 pág. 213 y ss. “la tutela (...) evolucionó igual que paso con la patria potestad, en el sentido de considerar prevalente la defensa de los intereses del pupilo, y de ser entendida más como una carga que como el ejercicio de un derecho, con lo que se aproxima al ámbito del ius publicum”

(55). D. 26, 1, 1 (Paul. 38 ad ed.) Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.. Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.

(56). D. 27, 10, 13 (Gai. 3 ad ed. provinc.) Saepe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii praetor administrationem dat, scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur.

(57). El profesor Fernández de Bujan indica que la utilización del término furiosus para designar a las personas con enfermedad mental “obedece a qué en los primeros tiempos, solo se habría previsto la situación de aquellos casos que revestían una especial gravedad o agresividad. En el mismo sentido los textos citados en la nota 14

(58). D. 5, 2, 2 (Marcian. 4 inst.) Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.

(59). Varr 1.2.8 Mente es captus atque ad agnatus et gentiles est deducendus.

(60). RANDAZO, S. Op cit “Furor...” pág. 175 El autor resalta que las características que Rufo de Éfeso considera que caracterizan la ‘melancolia’, coinciden con lo que hoy podríamos denominar los síntomas habituales de la depresión.

(61). RANDAZZO, S. Furor e lucidi intrvalli. Riflesioni sul regime giuridico della demenza IURA 2.014XXII Jovene Napoli pag 172 Los términos son también desarrollados por Cicerón en (Tusc.3.5.11) donde distingue los distintos tipos de enfermedad mental, separándolas en función de sus manifestaciones externas.

(62). D’ORS, X. “Sobre XII Tab. V,7 a “Si furiosus escit...” En este artículo el Profesor X.D’Ors identifica dos conceptos de furiosus en las obras de Cicerón: mientras que en las orationes y epistulae el furor tiene una consideración de “locura homicida”; en los escritos filosóficos y retóricos el furiosus sería aquella persona que no es dueña de su mente, el enajenado mental, sin ninguna consideración especial.

(63). GUARINO, A. “Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae” en Annali Universita di Catania, 3 1949 y Le origini quiritrie. Napoli 1973 p. 247 y ss.

(64). Hemos de hacer mención de la llamada Teoría de los intervalos lúcidos. Es decir, si el enajenado en los periodos de tiempo en los que se considera que la enfermedad -si bien no desaparece totalmente- se halla latente, puede realizar actos jurídicos vinculantes. La doctrina duda sobre si la formulación de esta teoría proviene o no de la época clásica. En este sentido Fernández de Buján afirma que “en la época post-clásica, sobre la base de precedentes clásicos, se estableció con carácter general, la regla de la capacidad de obrar de las personas con enfermedad mental, en periodos de lucidez. Randazzo, al tratar de la posibilidad de curación de la enfermedad mental, se inclina también por la admisión de los intervalos lúcidos no solo en las fuentes tardías si no también en la jurisprudencia clásica. Explica este autor que en Roma no se llegó a aceptar los intervalos de lucidez como una manifestación más de la misma enfermedad, si no más bien como periodos de curación temporales de la misma.

(65). RANDAZZO, S. “Furor e lucidi intrvalli. Riflesioni sul regime giuridico della demenza” IURA 2.014;XXII Jovene Napoli pág. 171 “Secondo un autorevole dottrina tuttavia più che di continuità certamente necessaria per identificare la situazioni di patologia psichica, la malattia avrebbe dovuto presentarsi i caratteri della definitività e ciò si sarebbe avuto soltanto laddove la follia fosse conclamata nelle veste del furor e considerata “grave ed evidente, quindi praticamente inguarabile e definitiva”.La incurabilidad viene siendo defendida por ZUCCOTTI, l "furor" del patricida e il testamento di Malleolo” [Labeo: rassegna di diritto Romano, Vol. 37, Nº 2, 1991](#), págs. 174-226 y GUARINO A. “Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae” in *Annali Università di Catania*, 3 1949, pag 194 y ss

(66). DILIBERTO O. Studi sulle origini della “cura furiosi” Università di Cagliari Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Napoli Jovene Editore 1.984 pag.48

(67). DILIBERTO, O Studi sulle origini della “cura furiosi” Università di Cagliari Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Napoli Jovene Editore 1.984 pág. 44 y ss.. El autor mantiene que mientras para Guarino y Gallo el termino potestas que aparece en las XII Tablas, se refiere a un poder intenso y absorbente que excluye la capacidad jurídica del subordinado, para Archi considera que la potestas supone el ejercicio de un poder específico y parcial nella sua realtà effettuale; MIQUEL GONZALEZ DE AUDICANA, J Historia del Derecho Romano PPU. Reimp. 2º ed. octubre 1995; pág. 34 y ss.

(68). Ver en este sentido LANZA C. “Ricerca su furiosus in Diritto Romano”. Pubblicazioni dell’Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell’ Oriente mediterraneo. LXVIII. Roma 1990

(69). D. 50, 16, 215 (Paul. l. s. ad l. Fuf. Canin.) ”Potestatis" verbo plura significantur: in persona magistratum imperium: in persona liberorum patria potestas: in persona servi dominium. at cum agimus de noxae deditione cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus. in lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt.

(70). GUARINO, A. Il furiosus cit. sostiene que una muestra de que el prodigo o la persona con enfermedad mental no gozaban de capacidad jurídica, consiste en que en la Ley de las XII Tablas no hay ninguna norma sobre la sucesión del furiosus, y ello era lógico, ya que la “muerte civil” suponía la apertura de la sucesión intestada. En todo caso se habría de tener en cuenta la posibilidad de que el prodigo o enfermo mental hubiera hecho testamento con anterioridad a la aparición de la causa que le impidiese autogobernarse.

(71). LANZA C. "Ricerca su furiosus in Diritto Romano" I. Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell' Oriente mediterraneo. LXVIII. Roma 1990, pág. 89 ambos autores destacan la particular circunstancia que se da respecto a D. 50, 16, 215 (Paul. l. s. ad l. Fuf. Canin.)

(72). Paralelamente a esta evolución deberemos también tener en cuenta la influencia de tránsito de un modelo decenvital de familia agnaticia, a un modelo cognaticio.

(73). FERNANDEZ DE BUJAN, A. Derecho Romano .Aranzadi 2017 pág. 158 "el enfermo mental, demens o insanus, no puede, en consecuencia, ni contraer matrimonio, ni otorgar testamento, si bien la enajenación sobrevenida ni disuelve el matrimonio, ni anula el testamento ya otorgado.", y en forma análoga FERNANDEZ DE BUJAN, A. Derecho privado romano 6ª Ed. Iustel 2013 pág. 219

(74). D. 28, 1, 20, 4 (Ulp. 1 ad Sab.) Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit: sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest: testamentum quoque, quod ante furorem consummavit valebit et bonorum possessio ex eo testamento competit.

(75). Las fuentes presentan al pródigo desde una perspectiva objetiva: preocupa el resultado de una serie de conductas, pero no la causa por la cual estas conductas se realizan. Nada obsta a que el motivo de esta actuación pueda ser por ejemplo una enfermedad mental. Es paradójico que el concepto se defina desde una óptica objetiva (intrínseca del concepto) pero que al mismo tiempo en relación a terceros se caracteriza por la relatividad.

(76). En la traducción del Digesto de D'Ors A et alii (Pamplona 1968) se traduce mente captus por deficiente mental. Es una de las acepciones posibles, si bien teniendo en cuenta sobre todo el final del fragmento en la que el padre expresa la temporalidad del usufructo vinculándolo a la sanación y recuperación del cabal juicio, creemos que la traducción más adecuada sería la de enajenado.

(77). Este trabajo se limita a aspectos civiles, no nos planteamos la posible responsabilidad penal especialmente respecto del dolo "Continua mentis alienatione omni intellectu careat" en este sentido el interesante Rescripto de Marco Aurelio y Commodo recogido en: D. 1, 18, 14 (Macer 2 de iudic. publ.) Divus Marcus et Commodus Scapulae Tertullo rescripserunt in haec verba: " Si tibi liquido compertum est Aelium Priscum in eo furore esse, ut continua mentis alienatione omni intellectu careat, nec subest ulla suspicio matrem ab eo simulatione dementiae occisam: potes de modo poenae eius dissimulare, cum satis furore ipso puniatur. et tamen diligentius custodiendus erit ac, si putabis, etiam vinculo coercendus, quoniam tam ad poenam quam ad tutelam eius et securitatem proximorum pertinebit. si vero, ut plerumque adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, non forte eo momento scelus admiserit nec morbo eius danda est venia, diligenter explorabis et si quid tale compereris, consules nos, ut aestimemus, an per immanitatem facinoris, si, cum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficiendus sit. cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturum nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae negligentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levare vel onerari culpa eius videbitur, constitueris. nam custodes furiosus non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio

sint: quod si committatur, non immerito culpa eorum adscribendum est, qui negligentiores in officio suo fuerint. "

(78). AUDIBERT La Folie et la prodigalité pag 75 y ss; SOLAZZI Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII tavole pag 245