

**SISTEMAS DE PROTECCIÓN PARA LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL, DE LAS XII TABLAS A LA NUEVA REFORMA DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA. REFERENCIA ESPECIAL A LA CURA FURIOSI<sup>1</sup>**

Por

NÚRIA COCH ROURA  
Lectora de Derecho Romano  
Universidad Autónoma de Barcelona

nuria.coch@uab.cat

*Revista General de Derecho Romano 37 (2021)*

**RESUMEN:** En el presente trabajo la autora examina distintos paralelismos en cuanto a la flexibilidad y elasticidad de la institución de la curatela en Roma, que posibilitan la vigencia de las soluciones romanas en la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, teniendo en cuenta que la preeminencia del principio de la voluntad de la persona discapacitada deriva de implementación en este ámbito de los Derechos Humanos.

**PALABRAS CLAVE:** *furiosus*, *prodigus*, enfermedad mental, discapacidad, capacidad jurídica, apoyo, salvaguardas, curatela, tutela, Convención de los Derechos de las personas con discapacidad

**SUMARIO:** 1.- Introducción. 2.-El tratamiento jurídico de la enfermedad mental en Roma. 2.1.- Hacia una finalidad tuitiva. 2.2.-Calificación de Enfermedad mental. 2.3.- El *furiosus sui iuris*. 2.4.- Contenido de la *cura*. 2.4.1.- Flexibilidad de la *cura furiosi* en el caso de la *Patria Potestas*. 2.4.2.- Flexibilidad 'formal' de la *cura furiosi* en las Magistraturas. 2.4.3.- Flexibilidad en el testamento. 2.4.4.- Elasticidad de la curatela en los intervalos lúcidos. 3.- "*furiosi vel prodigi*". 4.- Discapacidad y 'Derechos Humanos' en Roma. 5.-La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación 'La tradición romanística ante las grandes reformas del derecho de la compraventa' Convocatoria 2019 ref. PID2019-110899GB-100', financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el que participo como investigadora en la línea referente a la capacidad para contratar. El texto que sigue fue el germen del Seminario que presente en la Convocatoria de concurso para la contratación de profesor Lector de la Universidad Autónoma de Barcelona (2021/D/LEM/CL/1) cuyo ejercicio final se celebró el 22 de julio de 2021. Fue redactado de forma paralela a la tramitación del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 13 septiembre 2018 y fue adaptándose a los sucesivos trámites parlamentarios hasta llegar a la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

personas con discapacidad. 5.1.-La observación nº1 2014 y su alcance. 5.2.-El camino hacia la efectiva recepción de los principios de La Convención. 6.- Conclusiones.

## **PROTECTION SYSTEMS FOR PEOPLE WITH MENTAL ILLNESS, FROM THE TWELVE TABLES TO THE NEW REFORM OF LAW 8/2021 OF 2 JUNE, REFORMING CIVIL AND PROCEDURAL LEGISLATION TO SUPPORT PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE EXERCISE OF THEIR LEGAL CAPACITY. SPECIAL REFERENCE TO CURA FURIOSI**

**ABSTRACT:** In this paper, the author examines different parallels in terms of the flexibility and elasticity of the institution of guardianship in Rome, which make possible the validity of Roman solutions in the reform of Law 8/2021, of 2 June, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, taking into account that the pre-eminence of the principle of the will of the disabled person derives from the implementation in this area of Human Rights.

**KEYWORDS:** *furiosus*, *prodigus*, mental illness, disability, legal capacity, support, safeguards, curatorship, guardianship, Convention on the Rights of Persons with disabilities.

### **I. INTRODUCCIÓN**

La existencia de la diversidad<sup>2</sup> funcional y psíquica es consustancial a la humanidad, tanto la enfermedad como otros factores extrínsecos e intrínsecos (con una base genética) o el deterioro normal del cuerpo y la mente, conduce a la coexistencia en nuestra sociedad de sujetos que no se ajustan al “canon” predominante, por lo que durante siglos se han visto arrinconados y en ocasiones limitado el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>3</sup>.

Intentaremos examinar en este trabajo el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad<sup>4</sup> –sin entrar en las delimitaciones del término<sup>5</sup> que podrían dar

---

<sup>2</sup> STIKER, H-J *A history of disability*. University of Michigan Press. 1999 pág. 20 y ss. El autor profundiza en la evolución histórica de la deseada uniformidad social como muestra de la intolerancia, preconizando la bondad de la diversidad.

<sup>3</sup> Intentaremos apartarnos de la tradicional y en la actualidad superada dicotomía relativa a la capacidad jurídica y la capacidad de obrar

<sup>4</sup> Creemos que tanto el artículo 12 de la Convención y la interpretación que de él hace el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas superan lo que 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.

<sup>5</sup> Si el término 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 y sobre esta noción tan amplia es difícil proyectar una concepción de ejercicio de la capacidad jurídica. Si la entendemos como una aptitud para quedar vinculado a través de los propios actos y por tanto se refiere a la competencia para tomar las decisiones, no es en absoluto lo mismo si estamos ante una persona que tiene una deficiencia física,

lugar a un trabajo independiente- pero centrándonos mayoritariamente en el análisis del ejercicio de la capacidad jurídica<sup>6</sup> de las personas que sufren enfermedad mental.

Tradicionalmente se admite una tripartición en cuanto a la clasificación de los sujetos que padecen una discapacidad: a) los que sufren multiplicidad de situaciones físicas (ciegos, sordos) que suponen lo que en el mundo anglosajón se denomina, un hándicap, b) los que sufren distintas singularidades psíquicas (afectaciones cognitivas e intelectuales, así como motivadas por enfermedad mental) y c) la situación de las personas pertenecientes a la denominada tercera edad, qué ya sea por el propio deterioro del cuerpo humano, o ya sea porque pueden, a su vez, sufrir tanto afectaciones físicas, como psíquicas (demencias -entre la más conocida la enfermedad de Alzheimer-), tienen un tratamiento específico.

Nuestro estudio<sup>7</sup> lo que pretende es dar una sustantividad propia a la enfermedad mental<sup>8</sup>, detenernos en su especificidad –por cuanto sus particularidades se proyectarán en la institución jurídica que ya desde Roma se vino utilizando para la protección de las personas que las sufren, la curatela<sup>9</sup>.

---

que si estamos ante una persona que tiene una deficiencia intelectual que no le permite comprender el alcance de sus propias decisiones.

<sup>6</sup> FERNANDEZ DE BUJAN, A *Derecho Romano* Aranzadi pág. 145 “*mientras que las limitaciones de la capacidad jurídica basadas en razones o condicionantes de orden político, social, o cultural, propios de cada una de las comunidades políticas han ido desapareciendo de forma progresiva a lo largo de la historia, las causas que limitan la capacidad de las personas que tienen su fundamento en realidades físicas o psíquicas que condicionan la persona afectada –como la enfermedad mental o la prodigalidad- han continuado vigentes en las legislaciones de las diversas naciones desde Roma hasta la época actual.*”

<sup>7</sup> Precedido de otros trabajos previos: COCH ROURA, Núria “Modificación de la capacidad de obrar: los casos del *Furiosus* y el *Prodigus* de las XII Tablas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” *Revista General de Derecho Romano*, ISSN-e 1697-3046, N.º. 30, 2018; COCH ROURA, Núria “*La curatela a luz de la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furiosi*” *Revista General de Derecho Romano*, ISSN-e 1697-3046, N.º. 31, 2018. Este artículo también se publicó en [La Notaria](#), ISSN 0210-427X, N.º. 1, 2018, págs. 74-86. COCH ROURA, Núria “*Estudio jurisprudencial entorno a la curatela de las personas con enfermedad mental*” *La Notaria* ISSN 0210-427X, N.º. 1-2, 2020, págs. 99-111

<sup>8</sup> AUDIBERT A, *Études sur l'histoire du droit romain, I La folie et la prodigalité*. Paris. 1.892 pág 75 y ss, fue la primera monografía existente sobre la materia. También tratada por: SOLAZZI S. *Inderdizione e cura del prodigo nella I lege delle XII tavole*, Studi in Onore di Pietro Bonfante. Vol I Napoli 1928 pag 47-69; GUARINO, A. “*Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae*” en *Annali Università di Catania*, 3 1949; DILIBERTO O. *Studi sulle origini della “cura furiosi”* Università di Cagliari Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Napoli Jovene Editore 1984; LANZA C. “*Ricerche su furiosus in Diritto Romano*” I. *Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell' Oriente mediterraneo*. LXVIII. Roma 1990, ; RANDAZZO, S. “*Furor e lucidi intervalli. Riflessioni sul regime giuridico della demenza*” *IURA* 2014;XXII Jovene Napoli pág. 171 y ss; En la doctrina española: D'ORS, X. “*Sobre XII Tab. V,7 a “Si furiosus escit...”* Homenaje al Profesor Alfonso Otero. 1981. Pág221-249; 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. 775-825, RGDR 4 2005.*

<sup>9</sup> FERNANDEZ DE BUJAN, A *Derecho Privado Romano* lustel 10ª ed. 2017 pág. 219 y ss. *Ya en las XII Tablas en el siglo V a.C. se prevé que, si el enfermo mental no estaba sometido a patria*

Queremos resaltar la trascendencia de este tipo de trabajos por dos razones:

En primer lugar, porque contribuyen a la normalidad del tratamiento de la enfermedad mental –apartándonos en todo momento de las connotaciones negativas<sup>10</sup> –el estigma de la enfermedad mental- y el reconocimiento de su gran repercusión social, especialmente en las circunstancias actuales debidas a la pandemia que estamos viviendo.

En segundo lugar, porque la curatela como medida de protección se va a imponer en la reforma de nuestro ordenamiento jurídico<sup>11</sup> en esta materia consagrándose como mecanismo de apoyo preferente, en defecto de otras medidas preventivas voluntarias.

Nuestro estudio partirá de las medidas de protección que aparecen en las fuentes romanas, singularmente la curatela de las personas con enfermedad mental; posteriormente examinaremos la Convención de las Naciones Unidas para las personas con discapacidad (2006) puesto que supone: a) la recepción de los ‘Derechos Humanos’ en el ámbito de la discapacidad; b) una superación de la rigidez de las coordenadas romanísticas vigentes hasta el s.XXI; después analizaremos brevemente, no tanto la legislación actual, sino más bien sus principios informadores tanto a nivel estatal, -en junio de este año se aprobó la Ley de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>12</sup>-. Hemos tenido que dejar para otro trabajo, el examen concreto de las medidas de soporte del Código Civil –lamentablemente pues se pone de manifiesto la similitud<sup>13</sup> con el sistema romano-, así como las de la legislación catalana -que se adaptó de forma provisional al cambio legislativo estatal<sup>14</sup> y una referencia a la actividad jurisprudencial de los tribunales catalanes en la elaboración de la curatela que me recuerda a la actividad de la jurisprudencia cautelar romana.

---

*potestad, ni a tutela, se debía proceder al nombramiento de un curador que era designado entre los miembros de su familia agnática o de la gens a la que perteneciera la persona enferma”.*

<sup>10</sup> MARTÍNEZ DE MORENTIN, M Lourdes “Tutela y Curatela en Derecho Romano” RGDR 35.2020 pág.6 La aversión hacia las personas con discapacidad fue una constante en la Antigüedad que sólo fue suavizándose con la aparición del cristianismo. Fueron entonces las comunidades religiosas las que acogieron a las personas que presentaban signos evidentes de limitación de sus facultades, físicas, sobre todo, pero también mentales. También MARTÍNEZ DE MORENTIN, M Lourdes “Anotaciones acerca de la discapacidad en Derecho Romano” RGDR 34.2020

<sup>11</sup> Han culminado con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

<sup>12</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233)

<sup>13</sup> FERNANDEZ DE BUJAN, A, “Tradición romanística” RGDR 36. 2021.

<sup>14</sup> DECRETO LEY 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad esta reforma parcial establece que deberá hacerse una revisión general del Libro II del Código Civil de Catalunya en el plazo de un año.

## II. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA ENFERMEDAD MENTAL EN ROMA

La primera cita directa sobre un tratamiento diferencial hacia las personas con enfermedad mental la encontramos en la Ley de las XII Tablas<sup>15</sup>

Tabula V	Tabla V
7. Si furiosus escit ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.	Si alguien está loco y no tiene custodio, que la potestad sobre él y sus bienes sea de sus agnados y gentiles.

El texto decenviral se refiere a la “*potestas*” como el poder que se extiende tanto a la persona como a los bienes de la persona con enfermedad mental.

Respecto al concepto de los bienes sobre los que se proyecta, DILIBERTO considera que en la época decenviral<sup>16</sup> el contenido de *pecunia* podría ser más restrictivo de lo que posteriormente será admitido.

*D. 50, 16, 222, 0 Hermog. 2 iuris epit.*

*" Pecuniae" nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur.*

Kaser<sup>17</sup> observa sin embargo, que el binomio '*familia pecuniaque*' designaría a esclavos y ganado como objetos fundamentales del patrimonio doméstico, y se heredaría globalmente o bien caería también, globalmente, bajo la tutela o la cura.

Este poder se irá desarrollando como institución con sustantividad propia, la “*cura*”, por un proceso de diferenciación similar al que se produce con el poder del “*pater familias*” cuando se proyecta sobre distintos sujetos<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> 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

<sup>16</sup> DILIBERTO, O Studi sulle origini della “cura furiosi” Università di Cagliari Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Napoli Jovene Editore 1984 pág. 44 y ss.

<sup>17</sup> KASER, M “ Römishes Privatrecht” München CH Beck 1976 pág. 97

<sup>18</sup> 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*.”

La referencia a la extensión del poder sobre la persona y los bienes se puede deber tanto *ad exemplum* de la tutela<sup>19</sup> como a la necesidad de una intervención urgente y perentoria, como a ambas razones. Lo que parece claro es que a diferencia de las legislaciones europeas que surgieron con las codificaciones, que de una forma rígida atribuían a la curatela un contenido eminentemente patrimonial, la curatela puede extenderse más allá de este ámbito.

La institución de protección que deriva de la regulación de las XII Tablas será la curatela legítima, sin contemplar en un principio la testamentaria,<sup>20</sup> y es muy posible como apunta MARTINEZ DE MORENTIN<sup>21</sup> que los supuestos de la *Lex Atilia de tutore dando* de la tutela, se aplicarían a la curatela, gestando la “curatela dativa”.

## 2.1. Hacia una finalidad tuitiva

En la época arcaica<sup>22</sup> ni la mencionada “*potestas*” proyectada sobre el enfermo mental –preludio de la *cura furiosi*–, ni la tutela se configuran como instituciones de protección<sup>23</sup> del individuo sino, más bien de la *gens* y consiguientemente dirigida a la perpetuación de la misma<sup>24</sup>.

Esto justificaría, en cierta manera, que no se desarrollen las acciones procesales para exigir responsabilidad al *curador*, hasta mucho más tarde.

---

<sup>19</sup> La falta de testimonios directos sobre la *cura* en las XII Tablas, a diferencia de lo que ocurre con la tutela -de los impúberes y a la de las mujeres- podría deberse a la falta de diferenciación en el origen de ambas instituciones protectoras.

<sup>20</sup> BONFANTE, P. *Corso di diritto romano* 11ª reimpr. Milano 1963 pág. 643

DILIBERTO op cit pag 42

CASTAN PEREZ-GOMEZ, S Discapacidad y Derecho Romano. Reus Ed. noviembre 2019 pág. 160 El autor afirma que Justiniano aceptó finalmente, la designación testamentaria en una Constitución del 530 d.C. C.5,70,7,5.

<sup>21</sup> MARTINEZ DE MORENTIN, M Lourdes “De la *Cura furiosi* en las XII Tablas a la protección del disminuido psíquico en Derecho actual (a propósito de la Sentencia Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2002)” RGDR 2005 número 4.

<sup>22</sup> BONFANTE, P. *Corso di diritto romano* 11ª reimpr. Milano 1963, 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

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> PUGLIESE, G. con al collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca.” *Istituzioni...*”pág.274 “Nel periodo antico la tutela non era concepita como un istituto a protezione dell’impubere o della dona, bensí como un potere spettante al tutore nell’interesse propio e della familia de cui era esponente.

Sin embargo, es evidente, como resalta el profesor Fernández de Bujan<sup>25</sup> que en la época de Servio se trasluce la finalidad tuitiva, al menos respecto de la tutela, como queda patente en su conocida definición de esta institución 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”<sup>26</sup>.

En la época arcaica es normal pensar en una protección dirigida a la supervivencia de una comunidad agraria, mientras, qué en la época clásica, esta protección se trasladaría a los sujetos que la precisaren.<sup>27</sup>

## 2.2. Calificación de Enfermedad mental

La “protección” del “*furiosus*” nos conduce, a la necesidad de identificar el concepto de enfermedad mental y evidentemente esta labor es compleja, muestra de ello es que encontramos una variada referencia terminológica<sup>28</sup>. Normalmente, la enfermedad mental, era identificada por los comportamientos o manifestaciones externas del sujeto.

---

<sup>25</sup> 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*. 10ª edición. IUSTEL 2017 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*”

<sup>26</sup> D. 26, 1, 1, *pr. 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 tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.*

Este texto según MARTINEZ DE MORENTIN nos ha llegado probablemente abreviado, pues únicamente se refiere a la tutela de los impúberes, cuando en la época de Servio, existía aún la tutela de las mujeres, que desapareció definitivamente en la época Justiniana.

<sup>27</sup> DILIBERTO O. *Studi sulle origini della “cura furiosi”* Università di Cagliari Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Napoli Jovene Editore 1984 pag.48 Diliberto<sup>27</sup> también considera como característica propia del *furiosus* en la época arcaica, la aceptación de un origen divino en la locura.

<sup>28</sup> RANDAZZO, S.( “Furor e lucidi intrvalli. Riflesioni sul regime giuridico della demenza” *IURA* 2.014;XXII Jovene Napoli pág. 171) y LANZA C. (“Ricerche su furiosus in Diritto Romano”. *Pubblicazioni dell’Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell’ Oriente mediterraneo*. LXVIII. Roma 1990 y “Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di diritto classico” *BIDR* 90, 1987, pág. 516 y ss) han realizado un detallado análisis de los distintos supuestos de enfermedad mental basándose también en las manifestaciones externas.

El término *furiosus*<sup>29</sup> es el más utilizado para hacer referencia a las enfermedades mentales<sup>30</sup>, pero también se utilizan otros términos, como *demens*<sup>31</sup>, *mente captus*<sup>32</sup>, *insanus*, *fatuus*, *lunaticus*, *non sua mentis*; *non compos mentis*; *melancholicus*<sup>33</sup>.

CASTAN PEREZ-GOMEZ considera que el término *furiosus* se reserva a aquellas patologías que se desarrollan con lo que modernamente denominamos brotes o fases con síntomas. Estima que otras denominaciones como *mente-captus* se reservan a aquellos casos en que existiera una “deficiencia mental absoluta y continua”, sin embargo, en D.33.2.32.6 (*Scaev. 15 Dig.*) un testador instaura co-heredero al hijo *mente captus*, estableciendo un legado de usufructo con finalidad alimentaria de carácter temporal “hasta que recobre el juicio”.

Algunos de estos términos, como hemos visto, se proyectan no sólo a las enfermedades mentales, sino también a la discapacidad intelectual, por ello consideramos más estricto y adecuado a nuestro objeto utilizar preferentemente el vocablo *furiosus*<sup>34</sup>.

En otros fragmentos del Digesto, *furiosus* es asimilado *incluso al mortuus*<sup>35</sup>. Africano<sup>36</sup> realizó esta equiparación entre el que sufre enfermedad mental y el muerto, de la cual se infiere que las consecuencias de la modificación de capacidad o muerte civil se asemejarían al fallecimiento, y suscitaría el debate de su vinculación con la capacidad jurídica<sup>37</sup>.

---

<sup>29</sup> El término *furor* proviene del verbo *furo*, el cual describe estados anormales y sensaciones dolorosas del cuerpo y del alma producidos por afectos desesperados

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> D. 5, 2, 2, *pr. 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.*

<sup>32</sup> Varr 1.2.8 *Mente es captus atque ad agnatus et gentiles est deducendus.*

<sup>33</sup> RANDAZZO, S. Op cit “Furor...” pág. 175 El autor resalta que las características que Rufo di Efezo considera que caracterizan la melancolía, coinciden con lo que hoy podríamos denominar los síntomas habituales de la depresión-

<sup>34</sup> Este debate se traslada también a las fuentes literarias así, Cicerón utiliza a modo de definición “*furor atque dementia*” y distingue distintas tipologías.

<sup>35</sup> NARDI, E. *Squilibrio e deficienza mentale in Diritto Romano*, Milano 1983 “ È una malattia che colpisce la mente provocandone l’alienazione, così che l’infermo diviene incapace di intendere (perde il senno) e/o di volerle. L’alienato lo si assimila quindi, a volt a a volta, al pupilus, all’infans, all’ ignorants, al dormiens, all’absens”

<sup>36</sup> D.46.8.24,1 (*Afric. 5 quaest.*) *An autem et si mortuus fuisset qui petisset vel furere coeperit, ratum haberi possit, videamu: nam si in universum perinde haberi debat, ac si tunc, cum ratum habeat per eum honorum possessionem petat, frustra his casibus ratum habetur.*

<sup>37</sup> GUARINO, A. “*Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae*” op. cit. sostiene que una muestra de que el prodigo o la persona con enfermedad mental no gozaban de capacidad jurídica, consiste en que



Savigny, al que siguieron Solazzi<sup>38</sup> y Lenel, sostuvo que los juristas romanos a pesar de la diversidad de terminología no hacen distinción en cuanto al tratamiento jurídico de “diversas” enfermedades mentales

Sin embargo, Guarino<sup>39</sup> -siguiendo en este sentido a Audibert- considera que el término *furor* es más intenso y grave que la genérica *dementia*. Otros autores<sup>40</sup> distinguirán entre *insania* y *folia*

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<sup>41</sup>, ya que son los únicos criterios de los que se disponía hasta la aparición del psicoanálisis moderno.

La norma decenviral hace referencia a una enfermedad mental sobrevenida, es decir que 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.

---

en la Ley de las XII Tablas no hay ninguna norma sobre la sucesión del *furiosus*, y 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. LANZA C. “*Richerche 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, *pr. Paul. l. s. ad l. Fuf. Canin* y pág. 89 también considera demasiado radical que la total ausencia de voluntad del enajenado pueda influir sobre la capacidad de obrar. En definitiva, Guarino entendía que el concepto de *potestas* afectaría al status de la persona, al concepto que modernamente denominamos capacidad jurídica, su teoría -ampliamente rebatida por la doctrina- propugnaba que la ausencia de capacidad de obrar, implicaría la supresión de la capacidad jurídica.

Diliberto se opone a la posible extinción de la capacidad jurídica del *furiosus* aunque matiza que es difícil pensar que en una época arcaica pudiera 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 -ver nota 53- la peculiaridad de este régimen tiene que ver con la incertidumbre sobre la duración de la condición de *furiosus*. Efectivamente en las fuentes se nos transmiten también supuestos en que “el loco recupera la cordura y el prodigo las buenas costumbres, dejando de estar bajo el poder del curador” D.27.10.1 (*Ulp. 1 ad Sab.*), resultaría difícil articular la pérdida de la capacidad jurídica y su posterior recuperación con todas sus implicaciones patrimoniales.

Pugliese -ver nota 22- propone una “propiedad funcional” de los bienes de las personas sometidas a potestad, en la época decenviral.

Lanza entiende que considerar que la total ausencia de voluntad en el caso del enajenado, pueda influir en la esfera de la capacidad jurídica es demasiado radical.

<sup>38</sup> LENEL “*Intervalla insanieae*” en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 33, 1924 pag 227 y ss.; SOLAZZI “*I lucidi intervalla del furiosus*” en *AG (Archivio giuridico Filippo Serafini)* Módena 143 1952 pág. 16 y ss

<sup>39</sup> GUARINO, A. “*Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae*” en *Annali Universita di Catania*, 3 1949 y *Le origini quiritarie*. Napoli 1973 p. 247 y ss.

<sup>40</sup> LANZA, C “*Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di diritto classico*” *BIDR* 90, 1987, pág. 516 y ss. RIZELLI, G *Modelli di follia nella cultura dei giuristi romani*. Lecce, 2014.

<sup>41</sup> AGUDO, A “*Los privilegios de los médicos en el Derecho Romano*” *Ius Fugit*, 8-9 1999 pág. 205 y ss. Frente al nivel científico alcanzado por la medicina en Grecia, en Roma se recurrió a la medicina con intervención divina mediante “intermediarios” normalmente sacerdotes o bien el *pater familias*

Se exige cierta permanencia –independientemente de los intervalos lúcidos que puedan existir-, y trazas de incurabilidad<sup>42</sup>, pero también 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, al contrario, en muchos casos se presume la transitoriedad.

En definitiva, como indica CASTAN PEREZ-GÓMEZ<sup>43</sup> fueron los magistrados, los jueces y otros funcionarios de la época imperial, los que, por indicación de los familiares, debían apreciar si una persona padecía o no una enfermedad mental<sup>44</sup>. Solazzi manifiesta que se trataba de una *quaestio facti*,<sup>45</sup> teniendo en cuenta los medios de los que se disponía.

Debía existir un mínimo procedimiento pericial o diagnóstico, pues son varios los fragmentos que exigen una cognición de causa para descartar casos de simulación para eludir responsabilidades o cargas civiles<sup>46</sup>. De manera que como pone de manifiesto MARTINEZ DE MORENTIN la situación del “discapaz” no era una situación jurídico-administrativa permanente, objeto de una sentencia judicial que declarase un estado<sup>47</sup>, sino la constatación del hecho de que ciertas personas encontraban dificultad para gobernarse por sí mismas. Como podemos observar las soluciones dadas por el Derecho Romano vuelven a la actualidad con las modificaciones profundas que han entrado en

---

<sup>42</sup> 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 presentaré i caratteri della definitività e ciò si sarebbe avuto soltant laddove la follia fosse conlamata nelle veste del furor e considerata “grave ed evidente, quindi praticamente inguarabile e definitiva”. La incurabilidad viene siendo defendida por ZUCCOTTI, I “furor” del patricida e il testamento di Malleolo” *Labeo: rassegna di diritto Romano, Vol. 37, N° 2, 1991*, págs. 174-226 y GUARINO A. “Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae” in *Annali Universita di Catania*, 3 1949, pag 194 y ss

<sup>43</sup> CASTAN PEREZ-GOMEZ, S “Discapacidad y Derecho Romano” Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua. Reus Editorial. Madrid 2019.

<sup>44</sup> CASTAN PEREZ-GOMEZ, S. *vide supra* Manifiesta el autor que la curatela de los pródigos tenía más garantías jurídicas que la *cura furiosi* ya que el Pretor debía intervenir inexcusablemente para privar del *Ius Comercii*

<sup>45</sup> SOLAZZI “*Furor vel Dementia*” *op cit* pág. 655

<sup>46</sup> D.27.10.6 *Ulp. 1 de omn. Trib) Observare praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimum curatorem det, quoniam plerique vel furorem vel dementia fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent* . Deberá el pretor de no nombrar temerariamente, un curador con plenas facultades sin previa cognición de causa, pues muchos fingen locura o demencia para que les nombren un curador y librarse así de las cargas civiles

<sup>47</sup> FERNANDEZ DE BUJAN, A *Derecho Privado Romano* lustel 10ª ed. 2017 pág. 219 “No se prevé una declaración formal de incapacitación, si bien la intervención del magistrado en el nombramiento del curador exigiría, en buena lógica una constatación previa de la existencia de la enfermedad.

vigor en España. En el mismo sentido ya Schulz<sup>48</sup> afirmaba que “el derecho tutelar romano fue humano, liberal y nada burocrático”.

El estudio de otros supuestos de personas privadas de lo que la doctrina hasta ahora ha denominado, capacidad de obrar –o en términos más actuales ejercicio de la capacidad jurídica- se trataron con posterioridad al del *furiosus*: así, los que tenían una afectación cognitiva, los sordos, los mudos, los que padecían alguna enfermedad que les hacía inidóneos para atender a sus propios asuntos<sup>49</sup>.

### 2.3. El *furiosus sui iuris*

Estamos partiendo de que el supuesto que examinamos es el del sujeto afectado por enfermedad mental *sui iuris*.

Esta circunstancia resulta importante por cuanto al compararlo con otros sujetos que tienen su capacidad de obrar limitada (esclavos, hijos de familia), el único que podría alcanzar el *status* óptimo sería el *furiosus*.

El tratamiento del enajenado en las fuentes sería asimilable -como dice Fernández de Bujan<sup>50</sup>- al “*infans*”<sup>51</sup>, y paradójicamente la medida de protección que se les atribuye no es la tutela, sino la curatela.<sup>52</sup> Distinta es la situación del pródigo quien mantiene en todo caso cierta capacidad de obrar -al menos para enriquecerse- y su posición se asemejaría al *infantia maior*. Ambos sujetos, *furiosus* y *prodigus* -afectados de manera diferente en el ejercicio de su capacidad jurídica- gozaron ambos en la época pre-clásica y clásica de similar protección, la *curatela*.

Es decir, la protección mediante tutela o curatela no vendría determinada por la intensidad de las facultades de la persona que ejercitara la medida de protección (facultades sustitutivas de la voluntad o de complemento y soporte) que sería a su vez, reflejo del distinto ejercicio de la capacidad jurídica del sujeto, sino por un criterio previo

---

<sup>48</sup> SCHULZ *Derecho romano clásico, trad.* Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960, pág. 164

<sup>49</sup> GASPARE L. “Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali”. *Rassegna di Diritto Civile*. Eddizioni Schientifiche Italiane .Università di Camerino 3/82 pág.738-790

CASTAN PEREZ-GOMEZ, S “Discapacidad y Derecho Romano” Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua. Reus Editorial. Madrid 2019 pág. 193

<sup>50</sup> 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* 10ª Ed.lustel 2017 pág. 219

<sup>51</sup> “*qui fari non potest*”

<sup>52</sup> 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.*

referido al concepto de *status* o posición jurídica, gradual y sujeto a modificaciones a lo largo de la vida de las personas.

La atribución a la tutela de un carácter sustitutivo o representativo de la voluntad y a la curatela de un contenido complementario a la voluntad, procede de elaboraciones dogmáticas posteriores y aunque pueden coincidir en parte, no se ajustan en su totalidad a las nociones romanas, que están influidas por el concepto de *status*.

La reforma estatal de la legislación sobre la protección de las personas con discapacidad<sup>53</sup> reserva la tutela para el ámbito estrictamente familiar, mientras exista la patria potestad, es decir hasta la llegada a la mayoría de edad<sup>54</sup>. La curatela quedaría destinada a los mayores de edad, con algún tipo de dificultad que justifique su soporte, pudiendo en función de la intensidad para casos excepcionales, tener un componente representativo. Coexistirían dos tipos de curatelas, la asistencial como un soporte o complemento para la determinación de la voluntad del afectado y la representativa – reservada a aquellos casos más graves.

De forma similar podríamos pensar en la curatela de los *furiosi* y *prodigi*: una forma más representativa y otra menos intensa.

Por lo que respecta a la tutela en Roma, no sólo queda limitada a los impúberes, ya que la mujer *sui iuris* estaría sujeta a la *tutela mulieris*. Esta institución no tiene, sin embargo, el contenido sustitutivo o representativo de la de los impúberes. El Tutor de la mujer más bien acompaña a esta en determinados actos formales. Si la mujer no está de acuerdo con las decisiones de su tutor, puede acudir al pretor. Esta institución va perdiendo cada vez más fuerza, y llegará a desaparecer en la época post-clásica<sup>55</sup>.

En definitiva, el atribuir a una institución de protección un carácter rígido, intenso, o invasivo de los derechos o, al contrario, no proviene del desarrollo de la institución en Roma, ya sea tutela o curatela, sino de la regulación posterior. Podemos encontrar una *tutela mulieris* con un contenido poco intenso, que acompañará a la mujer, sin sustituirla; al mismo tiempo una *cura furiosi* que puede ser sustitutiva de la voluntad en algunos casos –asimilándose a la situación del *infans*- y suspenderse en intervalos lúcidos; junto a una

---

<sup>53</sup> Ha culminado con la Ley 8/2021 de 2 de junio, de reforma del Código Civil y Legislación procesal. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233)

<sup>54</sup> MARTÍNEZ DE MORENTIN, M Lourdes “Tutela y Curatela en Derecho Romano” RGDR pág. 5 “Al reservar la tutela para los menores y la curatela como medida de apoyo para todos los demás supuestos .../... en realidad se está enlazando con la regulación que tenía esta materia en Derecho Romano.

<sup>55</sup> Para los detalles de la decadencia de la *tutela mulierum* v. la clarificadora exposición de d’Ors.A *Derecho Privado Romano*. Pamplona. 2006. Paragrafo 296; Ver también SANZ MARTIN, Laura “Fundamentos doctrinales en torno a la *tutela mulierum*. Naturaleza y esencia de la *tutela mulierum*” RGDR 12 (2009) pág. 17-18.

*cura minorum* –complementaria- o *cura prodigi* menos intensa, al menos en su ámbito de ejercicio.

Es importante remarcar en todo caso que la reforma estatal de la legislación sobre la protección de las personas con discapacidad vuelve al sistema romano, la tutela se reserva a los menores de edad (impúberes en Roma) y la curatela se proyectará a partir de la mayoría de edad (o pubertad) con un contenido que puede variar de forma importante.

#### 2.4. Contenido de la *cura*

Lo realmente decisivo en el fragmento 7ª de la V Tab, es la utilización de término *potestas*<sup>56</sup>, concretamente si lo circunscribimos al tema que nos ocupa<sup>57</sup> se refiere a una actividad -más o menos sustitutiva o complementaria- de la persona afectada por enfermedad mental y que desde los orígenes se referiría a su esfera patrimonial pero también a la personal (*in eo pecuniaque eius potestas esto*).

En la época clásica, en la que centramos nuestro estudio, en D. 27,10, 7, *pr.* Juliano persiste en considerar un contenido amplio de curatela: el curador del enajenado debe cuidar con prudencia y trabajo, no solo del patrimonio sino también el cuerpo y la salud del *furiosus*.

A partir de la *cura del furiosus*<sup>58</sup>, se van desarrollando distintas modalidades (*cura debilium personarum, cura bonorum, cura absentis, curator hereditatis iacentis, curator ventris*) mucho más limitadas en cuanto a su contenido.

CASTAN PEREZ-GOMEZ entiende que la gran diversidad de curatelas existentes<sup>59</sup> en el ámbito del derecho privado (*cura ventris, cura bonorum, cura furiosi, cura minorum, cura prodigi, cura debilium personarum, cura hereditas iacens*), a las que hay que añadir las curatelas del derecho público<sup>60</sup> (*cura aquarum, cura annonae, cura viae*) dificultaron, en gran medida la elaboración de un concepto global de curatela.

---

<sup>56</sup> DILIBERTO, O *Studi sulle origini della "cura furiosi"* Università di Cagliari Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Napoli Jovene Editore 1984 pág. 44 y ss. El autor mantiene que mientras para Guarino y Gallo *potestas* es 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, J *Historia del Derecho Romano* PPU. Reimp. 2º ed. octubre 1995; pág. 34 y ss. LANZA C. "Ricerche su furiosus in Diritto Romano". *Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell' Oriente mediterraneo*. LXVIII. Roma 1990

<sup>57</sup> GUARINO, A. "Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae" in *Annali Università di Catania*, 3 1949, pag 194 y ss

<sup>58</sup> ARCHI G Curatela (Diritto Romano), *Scritti di Diritto Romano*, vol 1, Milano, 1981 pág. 179-191

<sup>59</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S *Discapacidad y Derecho Romano*. Reus Editorial. Noviembre 2019, pág. 158 y ss.

<sup>60</sup> MARTINEZ DE MORENTÍN, M Lourdes "Tutela y Curatela en derecho romano" *RGDR* 35. Diciembre, 2020. "Se trataba de curatelas o funciones referidas al cuidado y administración de las

Si bien la labor de los curadores se extiende tanto al cuidado de la persona como a su patrimonio se tiende a dar más relevancia a los derechos que tienen un contenido material.

*Gai Ins 3,106 "Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat".*

Gayo pone de manifiesto la falta de capacidad negocial de la persona que padece enfermedad mental, por lo que esta carencia habrá de ser suplida por quien ostente la curatela.

La curatela de las personas con enfermedad mental no actuaría como un complemento sino como una actividad sustitutoria de la persona afectada. El curador limitaba sus funciones a los actos de administración ordinaria, pudiéndose realizar actos de administración extraordinaria si así lo exigieran los negocios, o por utilidad del curatelado, siempre con conocimiento del juez. Otras razones a tener en cuenta para limitar la actuación del curador a los actos de administración ordinaria serían por una parte la "temporalidad"; y por otra, el mantenimiento de la capacidad jurídica de la persona con enfermedad mental<sup>61</sup>, pudiéndose realizar actos de administración extraordinaria si así lo exigieran los negocios, por utilidad del curatelado y con conocimiento del juez.

D.27,10,12 (*Marcell 1 dig.*) al curador agnado se le permite la enajenación, no sin límites, sino en la medida en que lo exige la administración de los negocios.

D.27,10,17 (*Gai. 1 de manum*) El curador de un enfermo mental no puede manumitir en modo alguno, ya que no es un acto de administración...(..)..si entrega una cosa en donación no será válida la entrega a menos de que sea por razón de utilidad y con conocimiento del juez.

Los poderes de los curadores son amplios y podían extenderse a todo tipo de contratos; pero hay una serie de actos excluidos de la esfera del curador, apuntamos como una muestra de ello, los poderes que afectaban a la *patria potestas*, y evidentemente la posibilidad de otorgar testamento.

La jurisprudencia pre-clásica y clásica trabajará intensamente en la separación de la esfera de la capacidad jurídica y de su ejercicio, partiendo de una noción previa y gradual de capacidad jurídica basada en la idea genuinamente romana de *status*, un concepto gradual y flexible. Antes de la valoración de la capacidad de obrar, con carácter previo, se analizaría la "capacidad jurídica" (*status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae* así como la *capitis deminutio*).

---

*cosas públicas (cura aquarum, cura annonae, cura viae, etc) ejercidas por un magistrado, cuya designación era siempre legal o pública".*

<sup>61</sup> AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> José "La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: De la Novela 115 a las Leyes 41/2003 y 15/2015" Revista Internacional de Derecho Romano. Abril 2017. Pág.242 a 348.

#### 2.4.1. Flexibilidad de la cura furiosi en el caso de la Patria Potestas

Ulpiano en D.1.6.8.pr. (*Ulp. 26 ad Sab.*) trata el caso de un padre sometido a cura furiosi pero este soporte –en términos modernos- no implica que deje de ser titular de sus derechos como cabeza de familia (tanto en el caso de que los hijos fuesen engendrados con anterioridad a la locura, o a los nacidos cuando el padre ya ha sido declarado loco). En el último inciso del texto se pone de manifiesto la intensidad de la patria potestad ya que se indica que incluso el *pater* –afecto a enfermedad mental- adquiere para sí todo aquello que el hijo *alieni iuris* obtenga.

Parece claro que partiendo de la evolución del poder omnímodo del *pater familias*<sup>62</sup>, sería difícil prescindir de su mantenimiento formal, pero es difícil delimitar totalmente su actuación, puesto que el curador puede realizar actuaciones tan importantes como conceder y denegar peculios<sup>63</sup>.

Podríamos considerar que el curador puede realizar una administración ordinaria de los bienes corrientes, con unos límites más o menos flexibles, pero negándole la posibilidad de realizar manumisiones, o donaciones, y en el caso de contratos onerosos parece que en la época clásica debería existir algún tipo de autorización (pretor, *princeps*, juez), según la fuente que tomemos.

#### 2.4.2. Flexibilidad ‘formal’ de la cura furiosi en las Magistraturas

En el ámbito del mantenimiento de los cargos públicos por parte del *furiosus*, este es más ficticio que real por cuanto si bien es cierto que en D.26,5,8,1 (*Ulp 8 fr omn.trib*) el jurista se pronuncia por la conservación de la magistratura -es decir no se le privaría *ipso iure de su cargo* – en la práctica -*iure honorarium*- ninguno de sus actos realizados en la esfera pública tendría validez.

#### 2.4.3. Flexibilidad en el testamento

Es conocido los recelos que sienten los romanos a morir intestados, y así está reflejado en las fuentes literarias atribuyéndole un cierto matiz deshonoroso ante tal situación<sup>64</sup>.

Los juristas romanos para evitar la sucesión *ab in testato*, intentarían mantener en la medida de lo posible la eficacia del testamento otorgado. En el caso de las personas que sufrían enfermedad mental, estas no podían otorgar testamento, pues faltaba la voluntad,

---

<sup>62</sup> MIQUEL, J “Derecho Romano” Marcial Pons 2016 pág. 170

<sup>63</sup> D.15,124 (*Ulp. Libr. 26 ad Sab.*)

*Curator furiosi administrationem peculii et dare et denegare potest tam servo furiosi quam filio.*

<sup>64</sup> En la obra de Plutarco se recoge que el mismo Catón El Viejo se recrimina como algo extraordinario haber podido vivir sin testamento (Plut. Cat.maio 9.9)

el conocimiento<sup>65</sup>. Sin embargo, si habían hecho testamento, antes de que apareciera su enfermedad, este mantenía su eficacia<sup>66</sup>. Ulpiano nos indica que el *furiosus* no puede ser testigo de un testamento, pero si valdrá el que él haya otorgado, antes de resultar afectado por la enfermedad mental. Esto no deja de suponer una relajación formal tendente a propiciar el mantenimiento del testamento, ya que para la validez del testamento normalmente se debía atender tanto al momento del otorgamiento como al momento en el cual desplegaba sus efectos, la muerte del testador.<sup>67</sup>

Escévola en D.28,3,20 (*Scaev. 13 Dig.*) 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*<sup>68</sup>, en este pasaje el testador instituye herederas a dos hijas y a un hijo afectado de suponemos de enfermedad mental, lega además a su hija *Publia Clementiana* un usufructo para que alimente a su hermano hasta que sane. El jurista propone recursos jurídicos interesantes como la institución de una persona con enfermedad mental como coheredero, -que presupone la subsistencia de su capacidad jurídica- al tiempo de que diseña una institución jurídica de protección: el usufructo de la porción hereditaria del enajenado con un “*modus*” o carga modal, con finalidad alimentaria del *furiosus*. 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. En todo caso el legado de usufructo tiene carácter temporal “hasta que sane y cobre su cabal juicio” poniendo de relieve la posible temporalidad de la enajenación al manifestar la esperanza de que la enfermedad mental desaparezca.

Como hemos avanzado, para la validez del testamento era necesaria la *testamentifactio* tanto en el momento del otorgamiento como en el momento de la muerte,

---

<sup>65</sup> D.28.1.2 (Lab. 1 post) *In eo qui testatur eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis non corporis sanitas exigenda est.* Se exige que el testador esté cuerdo al hacer testamento, no su salud corporal

<sup>66</sup> D.28.1.20.4 (*Ulp ad Sab*)

<sup>67</sup> D.37.11.1.8 El pretor exige para la *bonorum possessio* que la persona haya tenido *testamentifactio* en ambos momentos, al hacer el testamento y al morir

<sup>68</sup> 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, sin embargo, 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.



es decir el testador debía mantener los derechos inherentes a su *status libertatis y civitatis*, sin embargo, cuando la capacidad del testador se ve afectada por otras causas -como el caso de la enfermedad mental- se mantiene la validez del testamento.

En cuanto a la *testamentifactio* pasiva<sup>69</sup>, esto es, a la posibilidad de recibir bienes por testamento, este derecho se le atribuye a la persona afectada por enfermedad mental, que también puede adquirir legados y fideicomisos.

#### 2.4.4. *Elasticidad de la curatela en los intervalos lúcidos*

Al tratar sobre el contenido de la curatela debemos tener en cuenta, no sólo la flexibilidad de dicha institución, sino también su elasticidad, su capacidad para desaparecer, si los síntomas se desvanecen. En este sentido, se formula la llamada Teoría de los intervalos lúcidos. Es decir, si la persona afectada por enfermedad mental, en los periodos de tiempo en los que se considera que los síntomas de la enfermedad se hallan latentes, puede realizar actos jurídicos vinculantes. La doctrina duda sobre si la formulación de esta teoría proviene o no de la época clásica<sup>70</sup>. 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<sup>71</sup>. Creemos acertada la propuesta de Randazzo<sup>72</sup> que 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 sino 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, sino más bien como periodos de curación temporales de la misma.

Justiniano recoge la doctrina de los intervalos lucidos manteniendo la vigencia de los actos realizados en dichos periodos plenamente, configurando una *curatela* flexible y elástica –como lo hace la reciente reforma del Código Civil en materia de discapacidad-

---

<sup>69</sup> D.28.1.16.1 (*Pomp. Reg*) Marcelo anota: el loco aunque no puede hacer testamento, puede adquirir por testamento, puede adquirir legados y fideicomisos

<sup>70</sup> SOLAZZI “I lucidi intervalla del furiosus” en AG (*Archivio giuridico Filippo Serafini*) Módena 143 1952 pág. 16 y ss. Para este autor todos los textos referidos a los intervalos lúcidos se encuentran interpolados.

<sup>71</sup> Nos parece una solución equilibrada la del prof. FERNANDEZ DE BUJAN que se sitúa entre la opinión de TALAMANCA, M *Elementi di diritto privato romano*. Milán. 2001 pág. 93 que considera que el problema de los intervalos lúcidos existía ya en la época clásica mientras que CANNATA. C.A, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Torino 2.001 pág. 78 y ss. mantiene que la admisión de los intervalos lúcidos es incompatible con la estructura de la cura en la época clásica.

<sup>72</sup> RANDAZZO S. “Furor e lucidi intrvalli. Riflesioni sul regime giuridico della demenza” *IURA* 2014;XXII Jovene Napoli pág. 182 y ss.

en la que predomina el mantenimiento de la capacidad de la persona, frente a las instituciones de soporte o protección.

### III. “*FURIOSI VEL PRODIGI*”

La figura del pródigo<sup>73</sup> es propia de nuestra tradición<sup>74</sup> y conocida en Roma desde la época arcaica, pues es indiscutible la preocupación de las sociedad romana por la dilapidación de los bienes<sup>75</sup>.

Nos han llegado únicamente referencias indirectas sobre su tratamiento en la Ley de las XII Tablas<sup>76</sup>. Conocemos la fórmula que pronunciaba el Pretor<sup>77</sup> para declarar esta circunstancia, -aunque hay que precisar que sólo ha sido transmitida a través del pasaje de las Sentencias de Paulo. Solamente dos textos (D. 27, 10, 1, (*Ulp. 1 ad Sab.*) y *Epit. Ulp.* 12,2) mencionan la figura del pródigo al referirse a la Ley de las XII Tablas<sup>78</sup>.

El tratamiento del pródigo es pues, mucho más fragmentario que el del *furiosus*. Según Pulitano<sup>79</sup> el pródigo originalmente estaba sujeto a la curatela que se limitaría a un régimen de “*interdictio*”, es decir conllevaría la prohibición de realizar la “*mancipatio*” y testamento. Esta prohibición de realizar la *mancipatio* y de otorgar testamentos, sería suficiente en una economía esencialmente agrícola para salvaguardar los intereses del grupo familiar que

---

<sup>73</sup> AUDIBERT La Folie et la prodigalité pag 75 y ss Fue la primera monografía sobre la materia SOLAZZI Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII tavole pag 245 DOMINGUEZ TRISTAN, P. El prodigus y su condición jurídica en Derecho Romano Clásico. Barcelona 2.000. Cedecs Editorial pág. 40 y ss.

<sup>74</sup> BUCKLAND W.W. y Mc NAIR A. Roman Law and Common Law pág. 188 The cura prodigi is a Roman institution which is entirely unknown to the common law and indeed to the law of England.

<sup>75</sup> Intrínsecamente relacionada con la subsistencia de la familia, como hemos avanzado.

<sup>76</sup> D. 27, 10, 1, pr. *Ulp. 1 ad Sab.*

*Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.*

<sup>77</sup> “ *Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: quando tibi bona paterna avitaeque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdicto*” (PS 3,4<sup>a</sup>,7)

<sup>78</sup> *Epit. Ulp.* 12, 2.

*Lex duodecim tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.*

D. 27, 10, 13, pr. *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.*

<sup>79</sup> PULITANO, F, *Studi sulla prodigalità nel diritto romano*. Università degli Studi di Milano. Giuffrè Editore 2.002 Nota introduttiva

ellos mismos se autoregularían<sup>80</sup>. Posteriormente la *cura* adquiere un contenido más adecuado a un contexto de relaciones comerciales más intensas y, no se limitaría ya a la prohibición de realizar determinados actos, sino que supondría la atribución al curador de la administración de los bienes. Estas dos fases “*interdictio*” y “*administración*” se sobreponen en el tiempo hasta que prevalece esta última<sup>81</sup>.

Considera Pulitanò –como la mayoría de la doctrina- que la *cura* de los *furiosi* se desarrolló con anterioridad y se extendió a los pródigos, pues puede darse en ambas una dificultad en cuanto a la gestión de los bienes<sup>82</sup>.

Podemos ver que en D.27,10,1 pr (Ulp 1 ad Sab.) se indica que se nombra un curador a los pródigos *ad exemplum furiosus*. La relación se establecería al estar sujetos a la misma medida de protección, la “*cura*”<sup>83</sup> que se limitaría en el caso de los pródigos únicamente al ámbito patrimonial. La prodigalidad surge con una finalidad inmediata de protección patrimonial, evitar la dilapidación de los bienes del pródigo, y conduce a la protección de la familia<sup>84</sup> y del mismo pródigo. En un primer momento la prodigalidad se proyectaría esencialmente sobre materia testamentaria y en intervenir la disposición de bienes -afectaría primero a los bienes recibidos abintestato, luego expandió su ámbito a los bienes heredados por testamento, para ampliarse finalmente a todo tipo de bienes-.

La contraposición temporal que se trasluce en el primer fragmento D.27,10,1 (*Ulp 1 Ad Sab*) que se evidencia con la expresión “*sed hodie*” nos podría indicar el cambio producido entre la época de Sabino y la de Ulpiano. Se destaca un antiguo régimen de prohibición de administrar para el pródigo, que procedía de las *mores* afectando a los agnados y gentiles; posteriormente este régimen y habría caído en desuso, pues se precisaría un control más amplio y general que se encargaría al curador.

Pulitanò considera, qué obviando el régimen decenviral, la figura del pródigo no fue tratada con interés, ni en la época clásica ni en la Compilación Justiniana por lo que sería necesario acudir a fuentes no jurídicas “atécnicas” para el estudio de la figura.

---

<sup>80</sup> Esta teoría de PULITANO vendría a precisar y superar la teoría dualista de DEVISSCHER (*La curatelle et l'interdictum des prodigues. Études de Droit Romain*, Paris 1931 pag 23-107) y la teoría unitaria de SOLAZZI S. (*Inderdizione e cura del prodigo nella legge delle XII tavole*, Studi in Onore di Pietro Bonfante. Vol I. Nápoles 1928 pág. 47-69).

<sup>81</sup> PULITANO ob cit La autora dice que la *interdictio* resistirá en algunos ámbitos de aplicación determinados como en materia testamentaria.

<sup>82</sup> AUDIBERT A, *Études sur l'histoire du droit romain, I La folie et la prodigalité*. Paris. 1.892 pag 75 y ss.

<sup>83</sup> ARCHI G *Curatela* (Diritto Romano), Scritti di Diritto Romano, vol 1, Milano, 1981 pág. 179-191

<sup>84</sup> Ya antes de la entrada en vigor de la nueva regulación en materia de discapacidad, la alegación de un derecho de alimentos para para solicitar una declaración de prodigalidad había hecho que prácticamente desapareciesen las sentencias de declaración de prodigalidad, remontándose las últimas sentencias del Tribunal Supremo a los años 60 que declaran una incapacidad de la persona para gobernarse patrimonialmente, sin que existieran además alguna patología de salud mental.

Una vez hecha una primera delimitación del concepto de pródigo, hay que tener en cuenta además otra característica del mismo: la relatividad, circunstancia esta que ya avanzó GLÜCK<sup>85</sup>, ya que la prodigalidad se determina por las propias circunstancias personales del sujeto, y por ello puede suceder que observando dos personas el mismo comportamiento, solo una de ellas sea calificada como pródiga en sentido técnico jurídico.

En la definición dada por Ulpiano en *D.27,10,1 pr. (1 ad Sab)* se presenta la prodigalidad desde una perspectiva objetiva, es decir sin tener en cuenta la motivación o causa que ha desembocado en tales consecuencias perjudiciales. Sin embargo, esto no significa que la causa de tal comportamiento dilapidador no pueda ser debido a una enfermedad mental.

De hecho, aunque no pueda identificarse totalmente prodigalidad con enfermedad mental, antes de la entrada en vigor de la nueva legislación en la materia, no se podía caracterizar la figura del pródigo si no existía algún tipo de patología de salud mental, ludopatías, drogodependencias, trastorno de personalidad, trastorno de control de impulsos, que justificasen la existencia<sup>86</sup>.

Para que una persona hubiese sido declarada pródiga –antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021-, sería necesario que existieran familiares frente a los cuales este tenga una obligación de prestarles alimentos, y esa circunstancia es cada vez menos aducida<sup>87</sup>, porque ya con anterioridad a que se pudieran ver afectados los supuestos derechos de alimentos de un familiar, se desencadenaría una alarma que conduciría a recabar algún tipo de apoyo para la administración de los bienes del presunto “pródigo”.

Teniendo en cuenta todo lo anterior –especialmente la fragmentariedad y escasez de textos jurídicos- no se puede establecer con certeza cuando la aproximación *furiosi vel prodigi* es realizada por los juristas clásicos o cuando se trata de un ejemplo de uniformidad por parte de los compiladores justinianeos.

Y, aún en el supuesto que podamos retener como clásicos la cita de los casos del pródigo y el enajenado conjuntamente, ésta asimilación se produce por la identidad de la medida de protección aplicable, pero teniendo en cuenta la gran flexibilidad y diversidad en cuanto al contenido de la curatela.

---

<sup>85</sup> GLÜCK, F *Commentario alle Pandette, lib XXVII (Trad. y anotado por G.Baviera y C.Longo) Milano 1908.*

<sup>86</sup> Así en el derogado artículo 200 del CC se indicaba: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.”

<sup>87</sup> Como pondremos de manifiesto más adelante, los principios recogidos en la Convención de las Naciones Unidas para la protección de las personas con discapacidad y en consecuencia, los principios informadores de la Ley 8/21, ponen en el centro de protección en la persona que sufre la discapacidad, prescindiendo en gran medida de las necesidades “familiares”

El pródigo es aquella persona en la que quiebra el principio de la libertad de gestión de su patrimonio porque existe riesgo de dilapidación, es decir en el empobrecimiento "patológico" que afectaría tanto al mismo pródigo como a su familia más directa. Sin embargo, como hemos avanzado, se trata de un concepto relativo y por tanto las condiciones que deba tener el pródigo o a la delimitación de los criterios que deben motivar la actuación/intervención en la gestión de un patrimonio, se escapan a la experiencia jurídica romana, al ser cuestiones de hecho. Si es cierto, como ya hemos avanzado, que la afectación de los pródigos es menor, la situación del pródigo de "*non agire in peius*", supone a sensu contrario un reconocimiento de capacidad para actos beneficiosos -similar al *infantia maior*-. Sin embargo, al *furiosus*, se le sustituye la voluntad con lo que se asemejan al *infans*, aunque se les reconoce *ipso iure* la capacidad de obrar en intervalos lúcidos<sup>88</sup>.

En el ámbito procesal, parece que en el caso de los *Furiosi* se habla de una actuación automática de los agnados -establecida según parece en la Ley de las XII Tablas- aunque posteriormente se alude al nombramiento de un curador -lo cual hace pensar en algún tipo de procedimiento necesario para el nombramiento. En los intervalos lúcidos, la protección que desaparecería también *ipso iure*, dando prioridad a la capacidad del enajenado cuando este estuviera compensado o curado. Sin embargo, la declaración de prodigalidad y el cese de la misma, mediante *decretum* del magistrado, tiene un carácter más exigente que en el caso del *furiosus*.

En definitiva, la curatela de la persona con enfermedad mental y la del pródigo, por mucho que se intenten asimilar, tienen contenidos diferentes en una y otra institución.

Como pone de manifiesto Archi<sup>89</sup>, la tendencia a unificar las distintas formas de curatela existentes en un régimen unitario, llevará a la confusión de esta materia.

#### **IV. DISCAPACIDAD Y 'DERECHOS HUMANOS' EN ROMA**

Antes de iniciar el estudio de los sistemas de soporte y salvaguarda para las personas con enfermedad mental en la actualidad -y en definitiva para las personas con discapacidad, ya que no se reconoce un tratamiento diferencial a estas- hemos de introducir la referencia a los Derechos Humanos.

---

<sup>88</sup> Como ya hemos avanzado siguiendo a FERNANDEZ DE BUJAN entendemos que la Teoría de los intervalos lúcidos empieza a manifestarse entre los juristas en la época clásica. Se sitúa entre la opinión de TALAMANCA, M *Elementi di diritto privato romano*. Milán. 2001 pág. 93 que considera que el problema de los intervalos lúcidos existía ya en la época clásica y la de CANNATA. C.A, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Torino 2.001 pág. 78 y ss. que mantiene que la admisión de los intervalos lúcidos es incompatible con la estructura de la cura en la época clásica. RANDAZZO S. "Furor e lucidi intrvalli. Riflesioni sul regime giuridico della demenza" IURA 2014;XXII Jovene Napoli pág. 182 y ss viene a refrendar la opinión de FERNANDEZ DE BUJAN.

<sup>89</sup> ARCHI G Curatela (Diritto Romano), Scritti di Diritto Romano, vol 1, Milano, 1981 pág. 179-191

Sin aludir a los Derechos Humanos<sup>90</sup> o Derechos Fundamentales, la comparación o análisis de la institución de la curatela en Roma y en la actualidad, no alcanzaría a la verdadera esencia de los cambios introducidos en esta figura en la actualidad.

En Roma, la recepción de las reflexiones iusnaturalistas de origen griego –como antecedente remoto de los Derechos Humanos- se produce a través del estoicismo y no alcanza en forma alguna la nota de la exigibilidad. Por lo que entendemos como estima, CASTAN PÉREZ-GÓMEZ,<sup>91</sup> que no puede sostenerse la existencia de una categoría análoga a los Derechos Humanos si bien se utilizaban conceptos como *humanitas*, *aquitas*, *pietas*, *fides* en situaciones concretas.

Nos puede sorprender la existencia del *curator ventris* o la máxima “*conceptus pro iam natu habetur*”<sup>92</sup>, pero no podemos considerar que el derecho a la vida, el primero de los derechos humanos, estaba garantizado en Roma. El resto de derechos dependían del *status* o posición jurídica de los sujetos.

El modelo que se seguía en la valoración de la discapacidad en la antigüedad era el de la prescindencia. Las personas con discapacidad eran vistas como defectuosas. Este patrón se verá superado por un modelo de tratamiento de la discapacidad rehabilitador –fundamentado en intentar corregir el defecto- para posteriormente llegar al actual modelo social o basado en los Derechos Humanos que proclama la diversidad como enriquecedora de la toda la comunidad y sitúa en el centro del sistema el respeto a la voluntad de la persona.

Por más que contemplemos la gran flexibilidad de la curatela en Roma, no podemos trasponerla al ordenamiento jurídico actual, sin integrar los principios que dimanar del respeto a los Derechos Humanos.

## **V. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

La recepción de los Derechos Humanos -específicamente en el ámbito de la discapacidad- se produce con la adopción de La Convención a la que nos referimos en

---

<sup>90</sup> La enunciación de la categoría de los Derechos Humanos se suele reconducir a su formulación en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

<sup>91</sup> CASTAN PEREZ-GOMEZ, S Discapacidad y Derecho Romano. Reus Ed. noviembre 2019 pág.38

<sup>92</sup> DE LAS CASAS LEÓN, MARÍA ETELVINA ‘Reflexiones acerca de la máxima “*conceptus pro iam nato habetur*”’ Rights of citizens and their protection: Collection of reports and papers presented at the international scientific conference in Honour of acad. Antonio Fernández de Buján y Fernández, Doctor Honoris Causa of New Bulgarian University, 6 November 2018, 2019, ISBN. 978-619-233-079-8, págs. 101-114

este epígrafe. Supone una ruptura en la continuidad de la valoración jurídica de las personas con discapacidad, que se ha venido desarrollando lo largo de los siglos.

La Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad (en adelante 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, la ratificó y se incorporó al ordenamiento jurídico español, en el año 2008<sup>93</sup>. Sin embargo, la culminación de las reformas impulsadas por la Convención, no han concluido hasta la actualidad, la Ley 8/2021 de reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha sido publicada el día 2 de junio de este año<sup>94</sup>. Desde el año 2008 al 2021 se ha ido desarrollado este proceso de adaptación a los principios de la Convención.

La piedra angular de toda la regulación de la Convención se encuentra en su artículo 12<sup>95</sup> que versa sobre el concepto de '*legal capacity*' y especialmente sobre '*el ejercicio de*

---

<sup>93</sup> 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".

<sup>94</sup> La reforma consta de siete artículos: El primero, dirigido a la modificación de la Ley del Notariado; el artículo segundo comprende la modificación del Código Civil; el artículo tercero incluye la modificación de la Ley Hipotecaria; el artículo cuarto contiene la modificación de la Ley Enjuiciamiento Civil; el artículo quinto contiene la modificación de la Ley 41/2003 de la protección patrimonial de las personas con discapacidad; el artículo sexto, la ley del Registro Civil; artículo séptimo, incluye la modificación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria

<sup>95</sup> *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*

la *legal capacity*' de las personas con discapacidad. En nuestra tradición jurídica la noción de capacidad legal se desdoblaría en dos: capacidad jurídica y capacidad de obrar<sup>96</sup>. Sin embargo, la Convención no admite la distinción entre capacidad jurídica y el ejercicio de dicha capacidad de las personas con discapacidad, propugnando un tratamiento indistinto de capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica, esta alternativa es la que se ha terminado imponiendo en nuestra Doctrina<sup>97</sup>.

La admisión de los principios de la Convención, conduce a introducir cambios sustanciales en el sistema de protección de las personas con discapacidad que tradicionalmente se había articulado a través de un procedimiento en el que se determinaba la falta de autogobierno y su alcance, así como el nombramiento de la persona o entidad que debía ejercitar la medida de protección adecuada. En nuestro ordenamiento jurídico habían predominado las medidas de protección sustitutorias de las decisiones, regidos por el principio del interés superior de la persona discapacitada. La intervención de las Naciones Unidas ha propiciado la asimilación de los derechos de las personas con discapacidad dentro de los derechos humanos<sup>98</sup>.

---

*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.*

<sup>96</sup>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 example 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".

<sup>97</sup> 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

<sup>98</sup>CUENCA GÓMEZ, P. "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos" *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* ISSN: 0048-7694, Núm. 158, Madrid, octubre-diciembre (2012), págs.103-137



### 5.1. La observación nº1 2014 y su alcance

En la Convención (art.34) ya se establecía la necesidad de la creación de un Comité para la supervisión de la aplicación del contenido de la misma. De manera que adicionalmente al texto de la Convención, se estableció un Protocolo Facultativo donde se desarrollaba esta figura.

El Comité es un órgano formado por expertos independientes cuya función principal es controlar la implementación de La Convención. No hay un apartado donde se regule de forma exhaustiva sus funciones, pero si hacemos una lectura detenida vemos que el Comité –centrándose en su función de control- puede hacer sugerencias, recomendaciones, consideraciones urgentes. Estos términos evocan una actividad de supervisión sin verdadera capacidad ejecutiva. De hecho, el mismo texto de la Observación nos indica que debido a la importancia del artículo 12 era necesario “*ofrecer orientaciones adicionales*”. A continuación, se arroga una función interpretativa “*la presente observación refleja una interpretación del artículo 12 que se funda en los principios generales de la Convención (...)*” En principio, que la Observación 1(2014) proponga –si es que realmente puede- una interpretación según los Principios de La Convención, no tiene por qué suponer que sea la única posible.

Y, esta circunstancia es de capital importancia, pues debemos valorar, hasta qué punto vinculan jurídicamente, las afirmaciones de dicho Comité en su 11ª periodo de sesiones - de 31 de marzo a 11 de abril- del 2014 (Observación nº1 2014), cuando al tratar sobre el art 12 indica claramente que “*los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones deben ser abolidos*” (poniendo en evidencia, además, que se está refiriendo a la tutela, la curaduría o curatela y las leyes sobre salud mental que permiten un tratamiento forzoso).

Podríamos hacer una interpretación manteniendo una coherencia con La Convención, entendiendo que deberían ser abolidas las medidas sustitutivas de carácter general, pero para que las personas con discapacidad puedan tomar decisiones se les designaría puntualmente salvaguardas o apoyos que respetarían su voluntad y deberían aplicarse, siempre de forma proporcional, adecuada a las necesidades de la persona y durante el menor tiempo posible. Pero, el sentido que se desprende de las orientaciones de la disposición en su conjunto parece abogar por una interpretación más extensiva.

La Observación en el análisis del contenido normativo del artículo 12 párrafo 2, define el concepto de capacidad jurídica diciendo que comprende tanto la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho (legitimación para actuar). No es lo mismo decir que toda persona con discapacidad tiene capacidad jurídica y derecho al ejercicio de su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones, que decir que dentro del concepto de capacidad jurídica –que se tiene por el hecho de ser persona- se incluye también el

ejercicio de esta capacidad. Todos los menores de edad, tienen capacidad jurídica –y nadie lo pone en duda- pero no gozan de este ejercicio de la capacidad jurídica.

En derecho civil, toda definición es peligrosa<sup>99</sup>, y yo creo que, hasta en cierta medida, innecesaria.

Sin embargo, si continuamos leyendo se afirma que “el derecho al reconocimiento como actor jurídico está establecido en el artículo 12, párrafo 5º de la Convención, en el que se expone la obligación de todos los Estados partes de tomar 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**”. Esta atribución al “actor jurídico” del ejercicio de la capacidad jurídica resulta, a mi parecer, más acotado en la Convención, que en la Observación. Cuando se refiere, a la posibilidad de que una persona pueda ser o no propietaria o heredar bienes, esta cualidad se predica de cualquier persona por el hecho de serlo sin más, sin precisar ningún requisito adicional. Sí es cierto, que se añade una competencia de ejercicio al referirse a la posibilidad de controlar sus propios asuntos económicos. Seguidamente se alude a la posibilidad de acceder –se entendería de ser titular- de préstamos bancarios e hipotecas y otras modalidades de crédito. En definitiva, esta posibilidad de titularidad de lo que depende, realmente, es de la capacidad económica de la persona. Termina la atribución de facultades al actor económico refiriéndose a la necesidad de velar para que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de forma arbitraria. Por lo que respecta a esta última atribución, evidentemente no se debe privar a nadie –incluyendo a las personas con discapacidad- de sus bienes, (titularidad) de manera arbitraria. No parece que quiera referirse como lo ha hecho antes a la gestión o control de los bienes, y además sería redundante. En conclusión, si realmente el contenido de lo que se considera ser actor jurídico se circunscribe (en cuanto al ejercicio) únicamente al control patrimonial, parece que ese ejercicio según los términos de la Convención que se deriva únicamente del artículo 12.5, es bastante limitado.

Nosotros, como veremos más adelante, consideramos que se debe hacer una interpretación más amplia teniendo en cuenta el tenor general de la Convención.

La observación en el punto 13 distingue entre capacidad jurídica o legal –incluyendo titularidad y ejercicio- por una parte, y capacidad mental definida como la capacidad de una persona para tomar decisiones, idea que sería semejante, aunque no coincidente, con

---

<sup>99</sup> D. 50.17.202 (*lav 11 Epist*) *Omnis definitio in iure civili periculosa est*

el concepto del autogobierno. Y, a continuación, afirma que todas las personas –incluidas las que tienen discapacidad- gozan de capacidad jurídica (titularidad y ejercicio o legitimación para actuar). Continúa aseverando que normalmente se priva de esta segunda faceta a las personas con discapacidad. Esta privación se realiza en función de un diagnóstico (condición), porque la persona puede adoptar una decisión negativa (criterio de los resultados) o porque su aptitud para tomar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional, que supone una evaluación de la comprensión del sujeto es incorrecto porque se aplica de forma discriminatoria a las personas con discapacidad y porque supone que se puede evaluar con exactitud el funcionamiento de la mente humana. Estos criterios –indica la Observación- se consideran legítimos para negar la capacidad jurídica. Y concluye afirmando “el artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de este modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio”

A nuestro juicio, advertimos que el texto de la Observación parece que va más allá de lo propugnado en la propia Convención.

La observación también define el concepto de “apoyo” y aboga por que las personas con discapacidad puedan planificar anticipadamente teniendo en cuenta sus preferencias. Se debe entender de que está tratando la cuestión de las directivas, generalmente conocidas como documentos de voluntades anticipadas en prevención de no poder expresar la propia voluntad. Con esta cuestión estamos totalmente de acuerdo, tanto con la necesidad de su fomento y con el hecho de proveer los apoyos necesarios para las personas con discapacidad.

El último asunto, del que haré un breve apunte alude a las denominadas “influencias indebidas”. La Observación considera que hay una influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta su apoyo y el que la recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño, o manipulación. Todos podemos ser víctimas de las influencias indebidas, pero es evidente que el riesgo se intensifica en el caso de las personas que precisan un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, sin embargo, la protección contra las influencias indebidas debe respetar la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, incluyendo su derecho a asumir riesgos y a cometer errores.

Creemos que, si realmente puede entenderse que el contenido de la Observación puede ir más allá, del texto de la Convención, las afirmaciones formuladas por el Comité que excedieran de lo previsto en el contenido del Tratado, carecerían de verdadera fuerza ejecutiva para los estados que la han ratificado.

Consideramos que La Convención propugna el derecho de todas las personas con discapacidad a su capacidad jurídica (titularidad) y al ejercicio de la misma, mediante el establecimiento de los apoyos necesarios, que deben tener siempre en cuenta la voluntad

de la persona, ya que la voluntad se configura como el paradigma de todo el sistema de protección a las personas con discapacidad.

## 5.2. El camino hacia la efectiva recepción de los principios de La Convención

Desde que la Convención pasó a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, se han venido sucediendo distintas interpretaciones por parte de la Jurisprudencia (singularmente del Tribunal Supremo), intentando en un primer momento argumentar que nuestra legislación vigente no incumplía la misma, siempre que se tuvieran en cuenta los principios informadores de La Convención. Así la Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009 de 29 de abril de la que fue ponente la Dra. Encarna Roca Trías, fue un punto de referencia ineludible sobre esta materia. En los últimos años, la influencia de los principios de la Convención (menor restricción de los derechos posible, proporcionalidad, respeto por las preferencias de las personas con discapacidad y temporalidad) ha impregnado la Jurisprudencia, que se ha venido inclinando por la curatela –como complemento de capacidad- como medida de protección preferente.

Sin embargo, lo verdaderamente innovador era que La Convención promovía un cambio en el paradigma en torno al cual se articula toda la materia, este se desplaza del tradicional “interés de la persona con discapacidad”, al “respeto a la voluntad de la persona con discapacidad”.

No bastaba con los esfuerzos interpretativos de las medidas de protección –según los principios recogidos por La Convención- por parte de los Tribunales, ya que una de las directrices de la misma consistía en prescindir del proceso en el quedase fijado la falta de autogobierno de la persona. La protección de la persona con discapacidad ser realizaría mediante la determinación de salvaguardias para casos puntuales, manteniéndose un principio general de capacidad.

La Convención ha sustituido un concepto de discapacidad basado en un modelo médico rehabilitador<sup>100</sup> por el concepto de discapacidad fundado en el modelo social, o de

---

<sup>100</sup> Se suele hablar de tres modelos de discapacidad: un primer modelo, que se podría denominar de prescindencia, en el que se supone que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, y en el que las personas con discapacidad se consideran innecesarias por diferentes razones: porque no contribuyen a las necesidades de la comunidad, porque son la consecuencia del enojo de los dioses, por ejemplo. Como consecuencia de estas premisas, la sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, o ya sea situándolas en el espacio destinado para los anormales y las clases pobres, como objeto de caridad y sujetos de asistencia.

El segundo modelo es el que se puede denominar **rehabilitador**. Desde su filosofía se considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas, sino científicas (derivadas en limitaciones individuales de las personas). Las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas. Es por ello que el fin primordial que se persigue desde este modelo es normalizar a las personas con discapacidad.

los derechos humanos. Dentro de los autores que defienden este tránsito al modelo social de discapacidad<sup>101</sup>, podríamos encontrar dos posturas. La primera de ellas representada por quienes niegan la necesidad de cualquier sistema sustitutivo de la voluntad<sup>102</sup>; la segunda personificada por quienes aceptan la vigencia de alguno de los sistemas de protección tradicionales, pero postulan su aplicación de forma puntual, es decir mediante una resolución judicial que determine de forma puntual las necesidades de apoyo, revisables periódicamente<sup>103</sup>.

Esta última interpretación es la que se ha impuesto en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que parte además de la absoluta preferencia por las medidas preventivas que pueda tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, como una manifestación del respeto a la voluntad de la persona<sup>104</sup> y consagrando la curatela, ya sea con un contenido representativo –como ocurría en la *cura furiosi*- ya sea con un contenido complementario o asistencial –como ocurría con la *cura minorum* y la *cura prodigi*- en las medidas de soporte central del nuevo sistema jurídico de protección.

---

Finalmente, un tercer modelo, denominado social, es aquel que considera que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son, en gran medida, sociales. Desde esta filosofía se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de personas —sin discapacidad—, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana.

<sup>101</sup> 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 pág. 143 y ss. Coord. PEREZ BUENO, L.C

<sup>102</sup> 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

<sup>103</sup> 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 Ángel Cabra Luna*, Coord. por Luis Cayo Pérez Bueno, Gloria Esperanza Álvarez 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.

<sup>104</sup> GARCÍA RUBIO, M Paz “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio” *Revista de Derecho Civil* vol. V núm. 3 (septiembre 2018) pág. 32 “Al respecto, se debe destacar que la cuestión sobre si el mejor interés debe o no ser un principio de actuación en relación a las personas con discapacidad es un tema controvertido en el que discrepan los intérpretes auténticos de la CDPD y los que manifiestan la opinión del Consejo de Europa y el TEDH; también lo hacen las recientes legislaciones que han abordado la reforma de la discapacidad, pues mientras algunas lo incluyen, otras prefieren no hacerlo.”

La nueva normativa<sup>105</sup> ha suprimido el proceso verbal de modificación de capacidad general. En caso de ser precisa una apoyo o soporte, se recurrirá a un expediente de jurisdicción voluntaria<sup>106</sup> –procedimiento de provisión de apoyos- que podrá contemplar la contradicción. En este procedimiento, se determinarán las medidas de protección o apoyos puntuales.

La reforma legislativa abordada supone la culminación de un largo proceso: la consagración de la voluntad de la persona con discapacidad como principio vertebrador de todo el sistema; la transformación propugnada va mucho más allá de un mero cambio terminológico. Se configura como la reforma civil de más trascendencia de las últimas décadas.

## VI. CONCLUSIONES

Convento con la prof. Martínez de Morentín en que en Roma no existe un estado de incapacitado, existe la determinación de necesidades puntuales. De la misma manera que propugna la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>107</sup>.

La *cura furiosi* tiene un contenido amplio (patrimonial y personal) y constituye el punto de partida para el desarrollo de otros tipos de curatela. La curatela romana admite tanto un contenido representativo como complementario de la voluntad. En el mismo sentido la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica presenta dos modalidades de curatela, una modalidad representativa –antes de esta reforma reservada a la tutela- y una modalidad complementaria o asistencial.

---

<sup>105</sup> GARCÍA RUBIO, M Paz “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad” Familia y sucesiones: cuaderno jurídico, ISSN 1889-2299, Nº. 136, 2021, págs. 45-62. Agradezco profundamente a la profesora García Rubio que fue miembro del tribunal en el concurso en el que se me propuso para la contratación como profesora Lectora de la Universidad Autónoma de Barcelona que me facilitara este esclarecedor artículo que estaba en ese momento, aún pendiente de publicación.

<sup>106</sup> El profesor A. Fernández de Buján ponente de la redacción de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria siempre sostuvo esta posibilidad. Ver FERNANDEZ DE BUJAN, A “Ley 15/ 2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: una visión general de la nueva regulación” RGDR 26 (2016)

<sup>107</sup> STS 3770/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3770 de 19/10/2021 Nº de Recurso: 305/2021 Nº de Resolución: 706/2021. La aplicación de la nueva ley determina que se deje sin efecto la declaración de incapacidad, que ya no existe como tal, la cual debe ser sustituida por la procedencia de fijación de medidas judiciales de apoyo. Procede, igualmente, la sustitución de la tutela -ya que aquélla queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o que se hallen en situación de desamparo (art. 199 CC)- de una institución tutelar por la curatela de la hija de la demandada, pues se atiende al criterio preferente de la voluntad de la demandada.

La existencia de una gran variedad de *curatelas* en Roma, junto al concepto gradual de *status* provoca que se configure como una institución muy flexible, lo que ha permitido su continuidad en la actualidad.

La *cura furiosi* se identifica con la *cura prodigi*, en cuanto a la medida de protección pero, no por lo que respecta al contenido.

Que la cura de los pródigos tuviese únicamente un contenido patrimonial, pudo llevar a la confusión en las codificaciones del siglo XIX acerca de que la curatela tendría únicamente un contenido patrimonial.

La comparación entre la flexibilidad de la *curatela* en Roma y en la actualidad es posible, pero hay que tener en cuenta que el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, conduce a que el respeto de la voluntad se configure como paradigma del sistema de protección.

Creemos que las soluciones dadas en Derecho Romano, tienen una clara continuidad en la actualidad.

## BIBLIOGRAFIA

AGUDO, A “Los privilegios de los médicos en el Derecho Romano” *Ius Fugit*, 8-9 1999 pág. 205 y ss

ARCHI G Curatela (Diritto Romano), *Scritti di Diritto Romano*, vol 1, Milano, 1981 pág. 179-191

AUDIBERT A, *Études sur l'histoire du droit romain, I La folie et la prodigalité*. Paris. 1892 pág 75 y ss

AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> José “La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: De la Novela 115 a las Leyes 41/2003 y 15/2015” *Revista Internacional de Derecho Romano*. Abril 2017. Pág.242 a 348

BONFANTE, P. *Corso di diritto romano* 11<sup>a</sup> reimpr. Milano 1963

BUCKLAND W.W. y Mc NAIR A. *Roman Law and Common Law* Cambridge University Press (2010) reimpr. 1952. ISBN. en línea:978051156106.

CANNATA. C.A, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Torino 2001

CASTAN PEREZ-GOMEZ, S *Discapacidad y Derecho Romano*. Reus Ed. noviembre 2019

COCH, Núria “Modificación de la capacidad de obrar: los casos del *Furiosus* y el *Prodigus* de las XII Tablas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” *Revista General de Derecho Romano*, ISSN-e 1697-3046, N°. 30, 2018.

COCH, Núria “La curatela a luz de la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la *cura furiosi*” *Revista*

General de Derecho Romano, ISSN-e 1697-3046, Nº. 31, 2018. Este artículo también se publicó en [La Notaria](#), ISSN 0210-427X, [Nº. 1, 2018](#), págs. 74-86.

COCH ROURA, Núria “*Estudio jurisprudencial entorno a la curatela de las personas con enfermedad mental*” *La Notaria* ISSN 0210-427X, Nº. 1-2, 2020, págs. 99-111

CUENCA GÓMEZ, P. “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos” *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* ISSN: 0048-7694, Núm. 158, Madrid, octubre-diciembre (2012), págs.103-137

DE LAS CASAS LEÓN, MARÍA ETELVINA ‘Reflexiones acerca de la máxima “*conceptus pro iam nato habetur*”’ Rights of citizens and their protection: Collection of reports and papers presented at the international scientific conference in Honour of acad. Antonio Fernández de Buján y Fernández, Doctor Honoris Causa of New Bulgarian University, 6 November 2018, 2019, ISBN. 978-619-233-079-8, págs. 101-114

DILIBERTO O. *Studi sulle origini della “cura furiosus”* Università di Cagliari Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza. Napoli Jovene Editore 1984

DOMINGUEZ TRISTAN, P. El *prodigus* y su condición jurídica en Derecho Romano Clásico. Barcelona 2.000. Cedecs Editorial pág. 40 y ss.

D’ORS, A *Derecho Privado Romano*. Pamplona. 2006.

D’ORS, X. “*Sobre XII Tab. V,7 a “Si furiosus escit...”*” Homenaje al Profesor Alfonso Otero. 1981. Pág221-249 GUARINO, A. “*Il furiosus e il prodigus nelle XII Tabulae*” en *Annali Universita di Catania*, 3 1949

FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Derecho Romano*. Aranzadi 2017

FERNANDEZ DE BUJAN, A, *Derecho privado romano*. 10ª edición. IUSTEL 2017

FERNANDEZ DE BUJAN, A, “Tradición romanística” RGDR 36. 2021

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

FERNANDEZ DE BUJAN, A “Ley 15/ 2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: una visión general de la nueva regulación” RGDR 26 (2016)

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

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 Ángel Cabra Luna*, Coord. por Luis Cayo Pérez Bueno, Gloria Esperanza Álvarez Ramírez, 2.012



GARCÍA RUBIO, M Paz “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio” *Revista de Derecho Civil* vol. V núm. 3 (septiembre 2018) pág. 32

GARCÍA RUBIO, M Paz “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad” *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, ISSN 1889-2299, N°. 136, 2021, págs. 45-62.

GASPARE L. “Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali”. *Rassegna di Diritto Civile*. Eddizioni Schientifiche Italiane .Università di Camerino 3/82 pág.738-790

GLÜCK, F *Commentario alle Pandette, lib XXVII (Trad. y anotado por G.Baviera y C.Longo) Milano 1908*

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.

GUZMAN, A. “Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana” *Ediciones Universidad de Navarra*. Pamplona 1976 pág. 60 y ss.

KASER, M “*Römishes Privatrecht*” München CH Beck 1976.

LANZA C. “Ricerche su furiosus in Diritto Romano” *I. Pubblicazioni dell’Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell’ Oriente mediterraneo*. LXVIII. Roma 1990

LANZA, C “Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di diritto classico” *BIDR* 90, 1987, pág. 516 y ss.

LENEL “*Intervalla insanieae*” en *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano*, 33, 1924 pag 227 y ss

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

MARTÍNEZ DE MORENTIN, M Lourdes “Tutela y Curatela en Derecho Romano” *RGDR* 35.2020 pág.6

MARTÍNEZ DE MORENTIN, M Lourdes “Anotaciones acerca de la discapacidad en Derecho Romano” *RGDR* 34.2020

MIQUEL, J. *Derecho Privado Romano*. Marcial Pons. Madrid 1992.

MIQUEL, J *Historia del Derecho Romano* PPU. Reimp. 2º ed. octubre 1995.

NARDI, E. *Squilibrio e deficienza mentale in Diritto Romano*, Milano 1983.

PUGLIESE, G. con al collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca.” *Istituzioni Diritto Romano*”pág.274

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 pág. 143 y ss. Coord. PEREZ BUENO, L.C

PULITANO, F, *Studi sulla prodigalità nel diritto romano*. Università degli Studi di Milano. Giuffrè Editore 2.002

RANDAZZO, S. "Furor e lucidi intervalli. Riflessioni sul regime giuridico della demenza" *IURA* 2014;XXII Jovene Napoli pág. 171 y ss

RIZELLI, G *Modelli di follia nella cultura dei giuristi romani*. Lecce, 2014.

SANZ MARTIN, Laura "Fundamentos doctrinales en torno a la *tutela mulierum*. Naturaleza y esencia de la *tutela mulierum*" RGDR 12 (2009) pág. 17-18.

SOLAZZI S. *Inderdizione e cura del prodigo nella legge delle XII tavole*, Studi in Onore di Pietro Bonfante. Vol I Napoli 1928 pag 47-69.

SCHULZ *Derecho romano clásico, trad.* Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960.

SOLAZZI "I lucidi intervalla del furiosus" en AG (*Archivio giuridico Filippo Serafini*) Módena 143 1952

STIKER, H-J *A history of disability*. University of Michigan Press. 1999 pág. 20 y ss.

TALAMANCA, M *Elementi di diritto privato romano*. Milán. 2001.

ZUCCOTTI, I "furor" del patricida e il testamento di Malleolo" *Labeo: rassegna di diritto Romano*, Vol 37, nº2, 1991, págs. 174-226