ANÁLISIS DE LAS INSTITUCIONES DE GUARDA Y REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA EL DERECHO ESPAÑOL ACTUAL (LEY 8/21, DE 2 DE JUNIO)

(ANALYSIS OF THE CARE AND REPRESENTATION INSTITUTIONS OF PEOPLE WITH DISABILITIES, FROM ROMAN LAW TO CURRENT SPANISH LAW (LAW 8/21, OF JUNE 2))

Máster Universitario en

Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

Dª MARIA DE LOS ANGELES PEREZ CABALLERO

Dirigido por:

Dr. D. JUAN ANTONIO BUENO DELGADO

Alcalá de Henares, a 18 de abril de 2022

RESUMEN

En este trabajo queremos poner de manifiesto la importancia de la influencia del Derecho Romano que, si no había quedado suficientemente probada a lo largo de la historia en todos los Ordenamientos europeos, incluido el español, con la decisión de la Convención de 2006, queda claramente probada, porque no podían construir *ex novo* una mejor figura de guarda para las personas discapacitadas que la ya existente y probada en el Derecho Romano. De aquí el motivo de mi trabajo analizar a lo largo de la historia del Ordenamiento jurídico español las figuras de guarda y protección creadas por el Derecho Romano, que han pervivido a través de los siglos, en especial en el caso de la curatela por su función de acompañamiento y protección de las personas con discapacidad. Finalmente, la Ley 8/21 de 2 de junio ha establecido la figura de la curatela como la adecuada para el apoyo, acompañamiento y colaboración con los deseos y voluntad de las personas con discapacidad a su cuidado frente a la figura de la tutela.

Palabras clave: Derecho Romano, tutela, curatela, discapacidad, incapacidad, guarda, Convención, Derecho español.

ABSTRACT

In this work we want to highlight the importance of the influence of Roman Law that, if it had not been sufficiently proven throughout history in all European legal systems, including the Spanish, with the decision of the 2006 Convention, it is evidently proven., because they couldn't build “ex novo” a better guardian figure for disabled people than the one already existing and proven in Roman Law. Because of this, the reason for my essay is to analyse, throughout the history of the Spanish legal system, the figures of guardianship and protection created by Roman Law that have survived through the centuries, especially in the case of curatorship, due to its function of accompaniment and protection of people with disabilities. Finally, Law 8/21 of September 2th has established the figure of guardianship as the appropriate one for support, accompaniment and collaboration with the wishes and will of people with disabilities in their care, compared to the figure of guardianship.

Keywords: Roman law, guardianship, curatorship, disability, incapacity, custody, Spanish law.

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN…… 7

2. PANORÁMICA GENERAL DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ROMANO Y SITUACIONES DE DISCAPACIDAD O INCAPACIDAD EN EL DERECHO ROMANO…… 9

2.1 INSTITUCIONES DE GUARDA EN EL DERECHO ROMANO: TUTELA Y CURATELA …… 11

2.1.1 LA TUTELA…… 12

2.1.2 TIPOS DE TUTELA…… 13

2.1.3 LA CURATELA……...14

2.1.4 DIFERENCIAS BÁSICAS ENTRE TUTELA Y CURATELA EN DERECHO ROMANO……...15

2.2 CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL MUNDO ROMANO. TIPOS DE CURATELA EN FUNCIÓN DE LA DISCAPACIDAD……16

2.2.1 TIPOS DE CURATELA EN DERECHO ROMANO…… 17

3. DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES DE GUARDA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL……22

3.1 PERIODO VISIGÓTICO ESPAÑOL……23

3.2 LA INVASIÓN MUSULMANA Y LA ÉPOCA DE LA RECONQUISTA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL……24

3.3 ALFONSO X EL SABIO Y LAS PARTIDAS. LAS FIGURAS DE GUARDA DE LAS PERSONAS NECESITADAS DE PROTECCIÓN……...25

3.4 LAS LEYES DE TORO (1505) ……27

3.5 LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL HASTA EL CÓDIGO CIVIL DE 1889 Y LAS FIGURAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS……28

3.5.1 LA ATENCIÓN A LA DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889 Y REFORMAS POSTERIORES……29

3.6 DE LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DISCAPACITADAS PREVISTA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1983. LA VUELTA DE FIGURA DE LA CURATELA……30

3.6.1 PROMULGACIÓN DE LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA……...31

4. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD, APROBADA POR LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006 Y SU REPERCUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL……...……32

4.1 ANÁLISIS DE NUESTRA LEY MÁXIMA, LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978…….33

4.2 OBSERVACIÓN GENERAL Nº1 DE 2014 DEL COMITÉ DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS……..37

5. LEY 8/21, 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……....39

5.1 CAMBIOS SUSTANCIALES QUE INTRODUCE LA LEY 8/21, DE 2 DE JUNIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL…….....40

5.1.1 CAMBIO DE PARADIGMA: DE LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD……40

5.1.2 NUEVO CONCEPTO DE CAPACIDAD JURIDICA EN LA LEY 8/21

……41

5.1.3 EL RESPETO DE LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD……...42

5.1.4 MEDIDAS DE APOYO Y PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SALVAGUARDAS ESTABLECIDAS EN LA LEY 8/21…….43

5.1.5 LA TUTELA, LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA DESAPARECEN EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD……...44

5.1.6 LA CURATELA SE CONSTITUYE EN LA PRINCIPAL MEDIDA DE APOYO DE ORIGEN JUDICIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD……...45

5.1.7 NUEVAS RESPONSABILIDADES Y OLIGACIONES DERIVADAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURIDICA PLENA EN LAS PERSONAS DISCAPACITADAS…….46

5.1.8 REVISIÓN DE LOS PROCESOS ANTERIORES A LA LEY 8/21..46

6. CONCLUSIONES.....……...…48

BIBLIOGRAFÍA……50

LEGISLACIÓN Y NORMATIVA……52

JURISPRUDENCIA……...….....53

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española.
CC	Código civil.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RAE	Real Academia Española
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

Partimos en el presente trabajo de un recorrido general de las instituciones de protección creadas por el Derecho Romano con la intención de proteger a las personas con discapacidad en alguna de sus formas, y continuamos con un recorrido por el Derecho histórico español hasta la Codificación, posteriormente en el siglo XX, hasta la nueva ley 8/21, 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.

En el presente trabajo nos interesa, sobre todo, analizar la figura de la curatela como figura de protección y acompañamiento de las personas incapaces y discapacitadas, que después de desaparecer de nuestro Ordenamiento jurídico en aras de la institución de la otra figura de guarda creada por el Derecho Romano, la tutela, y aparece de nuevo en la ley 8/21 como la solución jurídica ideal para asistir a las personas discapacitadas y dependientes. Analizaremos sus orígenes y tipos, su tratamiento y a quiénes iban dirigidos, su desaparición en favor de la tutela durante varios siglos y su recuperación como figura de protección de los discapacitados, su tratamiento y destinatarios y su importancia en la citada ley 8/21, de 2 de junio.

Como podremos apreciar a lo largo de nuestro estudio, a pesar de que las instituciones de guarda han variado su regulación enormemente a lo largo de la Historia, se puede observar que nunca llega a perderse totalmente la concepción inicial romana, aunque sus funciones en cada momento histórico disten notablemente de sus orígenes. Debemos destacar la afirmación que el profesor Fernández de Buján expresa de forma magistral a través de sus obras, y esta es que el Derecho Privado Romano constituye no solo un elemento indispensable para valorar la historicidad del Derecho, sino que también se configura como un instrumento necesario para entender el Derecho vigente y para ayudar a la construcción del Derecho Privado Europeo. [1]

El tratamiento de la discapacidad en el Derecho Romano, en palabras del profesor Castán Pérez-Gómez: «el Derecho Romano aporta un tratamiento de la discapacidad que puede considerarse modélico para su tiempo desde el punto de vista jurídico, destacando en

[1] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ªL., «Tutela y Curatela en Derecho romano», *Revista General de Derecho Romano*, nº35, 2020.

pragmatismo de sus juristas a la hora de procurar soluciones efectivas que paliaran el efecto de la incapacidad».[2]

A lo largo de la historia, podemos destacar tres sistemas de entender la discapacidad: el modelo de prescindencia, que entendía que la discapacidad era un castigo o una maldición por lo que la persona debía ser separada o excluida de la sociedad e incluso privarles de la vida; el modelo médico o rehabilitador, en el que dicha discapacidad era considerada como una enfermedad que había que curar y por tanto proteger de alguna manera y por ello se habilitaron técnicas jurídicas para ello, modelo que ha prevalecido en la historia durante siglos hasta que llegamos al modelo que adopta tanto la Convención de 2006 y siguiendo sus directrices la Ley 8/21; y el modelo social y de respeto por los derechos de las personas con discapacidad, que entiende que las personas discapacitadas por cualquier causa, que no siempre tiene que ser una enfermedad, son ante todo personas que tienen derechos que se han de respetar y se ha de promover desde las más altas autoridades la eliminación de las barreras sociales y facilitar entornos inclusivos en función de sus capacidades.

[2] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., Discapacidad y Derecho romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas y sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua, editorial Reus, Madrid, 2019

2. PANORÁMICA GENERAL DE LA CAPACIDAD Y SITUACIONES DE DISCAPACIDAD O INCAPACIDAD EN EL DERECHO ROMANO

Para comenzar el presente trabajo y situarnos en la sociedad romana, considero necesario partir dos conceptos jurídicos que, aunque provienen de la dogmática alemana en su nomenclatura y no existían como tales hasta tiempos recientes, sí podemos aplicar o reconocer su existencia en el Ordenamiento jurídico romano. Se trata de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Así se puede entender que la capacidad jurídica es la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones en la sociedad a la que pertenece, mientras que la capacidad de obrar es la aptitud que tiene esa persona que posee capacidad jurídica para realizar por sí misma (*per se*) actos que produzcan efectos jurídicos válidos frente a terceros.[3]

Mientras que la capacidad jurídica en nuestro Derecho actual se obtiene por el mero hecho del nacimiento, por la condición de ser persona, en el Derecho Romano, sin embargo, no ocurría así. El *natus* no solo debía superar los riesgos naturales inherentes al acto mismo de nacer (acto natural) sino que también tendría que superar otro peligro que era la decisión de ser o no reconocido por el *paterfamilias* y adquirir un determinado *status familiae*. Era necesario primero tener en cuenta la condición del individuo como libre o esclavo y su posición en la familia y en la comunidad política.[4] Además de ser varón, debe ser libre, ciudadano romano y *sui iuris* (sujeto de propio derecho o persona independiente); las dos primeras condiciones puede reunirlas en el momento de su nacimiento, pero la tercera solo la adquirirá cuando sea *paterfamilias*, cuando sea independiente y sea cabeza de su propia familia. Hasta ese momento, se encuentra sometido a la patria potestad de su padre.[5] Efectivamente en la sociedad romana, el sujeto

dependía de la condición de ser *sui iuris*, ya que solo con esta condición gozaba de plenos derechos o, volviendo a la nomenclatura más moderna, se le reconocía capacidad jurídica para manejar sus propios asuntos y patrimonio.

[3] PANERO GUTIÉRREZ, R., Derecho romano, 5.ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 193 y ss.
[4] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., Discapacidad y Derecho romano… cit., pp. 83 y ss.
[5] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Mª. L., «Tutela y Curatela … cit., p. 11

En cuanto a la capacidad de obrar plena, en Roma era necesario que se reunieran los requisitos de ser ciudadano romano, ser *sui iuris*, ser varón y ser mayor de 25 años, en palabras del maestro de romanistas el Profesor Fernández de Buján[6] «en el Derecho Romano de los primeros siglos, sólo tenía plenitud de derechos aquella persona en la que concurriesen, al propio tiempo, las condiciones de varón, libre, ciudadano y cabeza de familia, lo que le lleva a afirmar que, en Derecho Romano, la palabra persona, en sentido estricto, no equivale a sujeto de derechos, más allá de las personas que se encontrasen en la posición señalada…..Con el término *capax* se alude en el lenguaje jurídico romano a la idoneidad de una persona para ser titular de derechos y obligaciones en relaciones concretas».

De este modo, se podía dar el caso de personas que teniendo la condición de *sui iuris*, por diferentes razones de edad o condición (los impúberes, mujeres y menores de 25 años), sufrir deficiencias o alteraciones físicas o mentales no podían ejercer estos derechos de forma independiente y válida frente a terceros en la sociedad romana. Se les presuponía, según la nomenclatura citada anteriormente, incapaces de obrar y por tanto carecían de la necesaria capacidad de obrar plena. En estos casos el Derecho Romano lo resolvió con el nombramiento de una tercera persona con capacidad jurídica suficiente que le asistiese en la realización de determinados actos para que tuviesen plenos efectos jurídicos en la sociedad romana. El Pretor, el Gobernador o el Procónsul, según la época y los casos, eran los encargados del nombramiento de un tutor o curador según correspondiese, sin que fuese necesario ningún procedimiento que declarase dicha incapacidad.

Al mismo tiempo, existían personas que tenían la denominada condición de *alieni iuris*, sujetos que estaban bajo la autoridad de otra persona, normalmente el *paterfamilias* o en el caso de la mujer, el marido a través de la *manus*, que no podían adquirir lo que hemos denominado capacidad de obrar en Derecho romano. Estas personas tenían limitada su capacidad de negociar, no tenían patrimonio propio y todo lo que obtuvieran revertía en el patrimonio del paterfamilias, que era el único titular de los derechos de contenido económico.[7] La unidad patrimonial de la familia imperaba en esta época. Mientras mantuviesen la condición de *alieni iuris*, las instituciones de guarda, tanto la tutela como

[6] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "Derecho Privado Romano", 10ª edición, editorial Iuste. Madrid, 2017 - Derecho romano, 5ª edición, editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2021. cit., pp. 189 ss.
[7] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., Discapacidad y Derecho romano… cit., pp.133 y ss.

la curatela, no tenían cabida, puesto que no administraban ni gestionaban ningún patrimonio propio.

2.1 INSTITUCIONES DE GUARDA EN EL DERECHO ROMANO: TUTELA Y CURATELA

Las figuras de la tutela y la curatela son instituciones creadas por el Derecho Romano con el objeto de proteger a las personas que, a pesar de ser *sui iuris*, en los términos antes citados, no tienen la capacidad de administrar su patrimonio por carecer de la capacidad de querer o entender necesarias para su debida administración y celebración de actos jurídicos válidos en la sociedad romana. Esta falta de capacidad puede ser total o parcial y basarse en razones de edad, sexo, enfermedad mental o prodigalidad. De todas estas circunstancias hablaremos más adelante con detenimiento al tratar los distintos tipos de guarda establecida por el Derecho Romano según los casos concretos. En opinión del profesor Schulz «el derecho tutelar romano fue humano, liberal y nada burocrático».[8]

Los juristas romanos señalaron una serie de causas limitadoras y modificativas de la capacidad general de ejercicio pleno, entre ellas la edad (impúberes) el género (femenino, por razones sociales y legales) o por discapacidad física o mental, por accidente o defecto (sordos, mudos, ciegos). En la sociedad romana era necesario poder hablar y oír para poder estipular de forma válida.

La capacidad para expresarse es una limitación sumamente importante en la sociedad romana, pues para contraer obligaciones mediante estipulaciones, que era considerada una forma de celebrar negocios jurídicos en la época romana, era necesario poder hablar y oír para poder contraer obligaciones de forma válida. En el caso de los ciegos, su discapacidad era menos negativa que el de otros discapacitados y, de hecho, no precisaba necesariamente el auxilio de un curador para poder valerse por sí mismos, en el resto de los casos se imponía la figura del curador para salvaguardar su capacidad de obrar. El motivo de la incapacidad de los sujetos para poder expresarse o conocerse la voluntad de las mismas podía ser originado por causas diversas que el Derecho Romano tiene en cuenta a la hora de determinar una figura de guarda determinada para dichos sujetos, dado

[8] SCHULZ, F., Derecho romano clásico, trad. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960, p. 154

que los términos que describen las instituciones tutelares en dicho Derecho, giran en torno a la idea de protección y cuidado de estas personas. [9]

El Derecho Romano crea las figuras de la tutela y la curatela para dar protección a estos sujetos que, aun siendo *sui iuris* y por tanto no estando sometidas a la patria potestad, se ven necesitadas de dicha protección. De esta manera, la intervención de tutores o curadores aseguraba la validez de los negocios en los que las personas carentes de capacidad pudieran intervenir. Nos referimos principalmente a los negocios realizados por *furiosi*, pródigos, infantes, menores de veinticinco años, mujeres púberes *sui iuris*, sordos, mudos y sordomudos.

La nota en común de ambas instituciones de guarda, tutela y curatela es la sujeción de ambas instituciones a un riguroso control de sus funciones para evitar posibles abusos y fraudes respecto del patrimonio de las personas encomendadas a su cargo.

2.1.1 LA TUTELA

La palabra tutela proviene del verbo latino *tueo* que significa velar por, proteger. La tutela se destina a las personas que nunca han gozado de la capacidad de obrar según el Derecho Romano (impúberes y mujeres).

La tutela se concibe como la institución de protección para quienes, aun siendo personas con la condición de *sui iuris*, no pueden defenderse por sí mismos por razón de la edad o sexo, en estos casos ejercerá un poder de representación y suplirá con su capacidad plena tanto jurídica como de obrar, la propia del incapaz, con el fin de hacer posible a efectos económicos, las relaciones jurídicas del que incapaz es o puede ser titular.

El tutor no posee, ni le son atribuidos por el Derecho Romano, el poder total del *paterfamilias*, pero sí podría considerarse una prolongación del *paterfamilias* en el caso de su fallecimiento. El tutor carecía de las facultades correccionales respecto a sus pupilos, solo debía ocuparse de lo concerniente a su patrimonio y no de su educación o moralidad. En el caso de los impúberes, esta intervención tutelar terminaba cuando este llegaba a la pubertad y, en el caso de las mujeres, esta institución tutelar era de carácter

[9] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ªL., Tutela y Curatela … cit., pp. 12-15

vitalicio. También se podía dar el caso en que tanto el varón como la mujer fueran discapacitados psíquicos, por lo que el cargo de tutor se tornaba vitalicio para ambos.[10]

La tutela tiene como característica fundamental la asistencia y cooperación a través de la representación de los intereses en todos los órdenes de su pupilo.

2.1.2 TIPOS DE TUTELA

A pesar de que la figura de la tutela es la que ha perdurado a través de nuestro Derecho histórico y la que ha tenido más relevancia, en el presente trabajo queremos destacar la figura de la curatela, que entendemos ha sido la que se ha orientado mayoristamente a la protección de las personas que se han venido denominando como discapacitadas y, de hecho, es la figura que tanto la Convención de Nueva York de 2006 como la Ley 8/21, de 2 de junio, instituyen como principal figura de guarda entre otras.

La tutela, en una primera época se habría constituido con un fin asistencial o de protección dentro del ámbito de la familia, siendo ejercido preferiblemente por miembros de la propia familia, pasando posteriormente a asumir la naturaleza de una relación obligatoria. Se pasaría pues de una tutela de familia a una tutela de autoridad.

Así, podemos distinguir entre los tipos de tutela, las siguientes:

Tutela testamentaria (por voluntad del testador). Es la que el *paterfamilias* establece en su testamento para los hijos impúberes y las mujeres a su cargo.

Tutela legítima (por determinación de la Ley). Procede de la Ley. En virtud de la ley de las XII Tablas, los familiares son tutores de los que no tienen un tutor testamentario y se llaman legítimos. El orden en el que se nombra tutor testamentario es el mismo que se sigue en el caso de la *sucesio ab intestato*. Destacamos la situación en la que de ser tutor legitimo no puede renunciar a la tutela ni puede ser removido de la misma. Esta tutela es supletoria de la que el *paterfamilias* puede otorgar en testamento.

Tutela dativa o Atiliana (debe su nombre a la Lex Atilia). Esta clase de tutela se da en el caso en que no hay tutor legítimo ni testamentario. Esta clase de tutela es un deber o

[10] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., Discapacidad y Derecho romano… cit., pp.133 y ss

carga, solo se puede renunciar a ella señalando personas idóneas para ocupar el puesto de tutor.

Tanto el puesto de tutor legítimo como dativo debe ser garantizado por medio de una *cautio*, esta garantía o cautela no era requerida a los tutores testamentarios puesto que se entendía que el testador había realizado la designación del tutor testamentario, teniendo en cuenta la personalidad y las circunstancias de la persona que iba a nombrar y que por lo tanto era digno de su confianza.[11]

Respecto a la *tutela mulierum*, esta responde a los planteamientos que sobre la mujer se tenían en el mundo antiguo, que hoy nos parecen injustificados, y sin embargo han pervivido en los Ordenamientos actuales hasta tiempos recientes.[12]
La tutela que se ejercía sobre la persona y los bienes del pupilo menor de siete años era considerada como gestión de negocios ajenos, mientras que, si superaba dicha edad, interponía su autoridad en los actos realizados por su pupilo.[13] Una vez llegado dicho pupilo a la mayoría de edad, se le dotaría según el Ordenamiento jurídico romano de otra figura asistencial: el curador (*cura minorum*). Dicha figura sería la que el Derecho Romano determinaría para el caso de los sujetos que presentasen anomalías físicas (sordos, mudos, sordomudos). A estos se les nombraría *curator minorum* y para los que superaran la edad establecida se les dotaría de un curador denominado *curator debilium personarum.*

2.1.3 LA CURATELA

Vamos a profundizar un poco más en detalle acerca de la institución de la curatela, figura creada por el Derecho Romano con el objeto de asistir y proteger a las personas que tenían limitada su capacidad de obrar por los motivos que establece el Ordenamiento jurídico romano o por habérsele retirado dicha capacidad.

La figura del *curator* se introduce con la Ley de las XII Tablas, en principio para los dementes y los pródigos, y tiene un carácter eminentemente patrimonial. Se encarga de administrar o ayudar a administrar los bienes de un sujeto. La tutela y la curatela se

[11] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., Discapacidad y Derecho romano…. cit., pp.140 y ss.
[12] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ª L., Anotaciones acerca de la discapacidad en derecho romano. *Revista General de Derecho romano*, nº34, 2020.
[13] Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, … cit., pp. 203-210.

diferencian principalmente en su ámbito de actuación y en el origen de su nombramiento, ya que la curatela tiene un carácter eminentemente público, son los poderes públicos los que se encargan de dicho nombramiento.

En palabras de Sara Nacarino, la curatela es «en contraposición a la tutela, un cargo de gestión que no implica ningún tipo de subrogación y cuyo ámbito se ciñe a lo que afecte de forma directa a los bienes del administrado, no pudiendo inmiscuirse el curador —como podría un tutor— en los derechos subjetivos relativos a la persona». [14]

La importancia de esta institución fue aumentando con el tiempo, debido a su función pública se fueron creando distintos tipos de curatela en función de la asistencia que se iba considerando necesaria. Así, el Profesor Girard, P.F. señala: «no es posible realizar una enumeración completa de las curatelas existentes en Derecho Romano, porque la finalidad de esta institución no era sino remediar incapacidades accidentales susceptibles de variar infinitamente».[15] En la misma línea podemos citar a Diliberto, para este autor, la institución de la curatela estuvo en todo momento provista de un tremendo dinamismo.[16]

2.1.4 DIFERENCIAS BÁSICAS ENTRE TUTELA Y CURATELA EN DERECHO ROMANO

A diferencia de la figura del tutor, la figura del *curator,* es una persona a la que se le encomienda por encargo público la administración de los bienes de un sujeto *sui iuris*, incapaz de ejercer por sí mismo sus derechos, por diversos motivos particulares o accidentales que luego clasificaremos, a los que se le permite representar y asistir debido a la situación de encontrarse incapacitadas para administrar su propio patrimonio.

La principal diferencia se encuentra en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad para que los actos que realice tengan validez en la sociedad romana.

---

[14] NACARINO MORENO, S., La curatela en el Derecho Romano y su proyección actual, *Revista General de Derecho romano* 37 (2021) Universidad Autónoma de Madrid.

[15] GIRARD, P.F., MANUEL., Elementaires de Droit Romain, 7.ª edic., Paris, Rousseau, 1924, p. 233. En el mismo sentido Arias Ramos, J. y Arias Bonet, J.A., Derecho romano vol. II, 17.ª edic., Madrid, Editorial de Derechos Reunidas, Revista de Derecho Privado, 1984, p. 752.

[16] DILIBERTO, O., Studi Sulle Origini Della "Cura Furiosi", Serie I. Vol 32. (Napoli 1984). p.107

La curatela, a la vez que cuida de la persona, administra su patrimonio, pero sin tener la capacidad de representación de la tutela. Tiene como fin la gestión, administración y protección del sujeto según las condiciones que establezca el poder público que otorga el nombramiento, puesto que esta pueda llegar a ser graduada en función de las necesidades del protegido. El tutor intervenía en todos los actos de su representado fuera necesaria o no su presencia, el curador, sin embargo, era nombrado solo para actos concretos, una vez concluidos estos, finalizaba su función.

Como hemos señalado anteriormente, mientras la institución de la tutela no amplió sus supuestos a lo largo del tiempo, no ocurrió lo mismo con la figura de la curatela, que se convirtió en la figura de protección idónea para la defensa del patrimonio del individuo no previstas en las fuentes, pero que iban surgiendo y reconociéndose su necesidad de asistencia por los poderes públicos romanos. Por ejemplo, el caso del *nasciturus* (tras la muerte del padre) y otros supuestos, como veremos más adelante.

Por otro lado, hay que señalar que la tutela y la curatela nunca llegaron a tener la misma posición jurídica, puesto que a la tutela se le otorgaba una *auctoritas* que nunca se reconoció a la curatela.

También hay que indicar que la institución de la tutela fue adquiriendo poco a poco un determinado carácter público en cuanto que el Estado reconoció la necesidad de proteger a los tutelados de los actos realizados por sus tutores y la necesidad de supervisar su labor, aunque siguieron siendo cargos privados, nunca se consideraron funcionarios como en el caso de curatela.[17]

Tanto curatela como tutela tenían como prohibición expresa enajenar bienes y disponer del patrimonio del protegido en provecho propio.

2.2 CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL MUNDO ROMANO

Como hemos mencionada anteriormente los cargos de la curatela en su origen, establecidos en la Ley de las XII Tablas fueron dirigidos a los dementes y a los pródigos, pero poco a poco se fueron extendiendo a otros sujetos que por deficiencias físicas necesitaban de la protección del curador.

[17] NACARINO MORENO, S., La curatela en el derecho romano…. cit., pp. 2-4

La discapacidad mental más que la física suponía en Roma una limitación de la capacidad de obrar. Si bien las deficiencias físicas tales como la sordera, ceguera o mudez conllevaba restricciones en su capacidad de obrar, la sociedad romana era eminentemente oral, por lo que los individuos que no podían oír o hablar no podían participar de forma plena en las relaciones jurídicas sino a través de intervención de otra persona, en este caso del curador que suplía sus deficiencias. Es hacer notar que el defecto del habla, la mudez, era considerado más impeditivo que el de audición para participar en la sociedad romana, (así ser duro de oído, tartamudo o tener voz débil no era óbice en el Derecho Romano, es decir, no tenía gran relevancia).

En el caso de la ceguera, este impedimento fue considerado menor por la misma razón antes mencionada, la oralidad de los negocios jurídicos en la sociedad romana, pero igualmente necesitaban de la protección de una tercera persona para determinados actos y para ellos se les nombraba curador.

En principio, para los juristas romanos, los enfermos mentales eran sujetos que por sus enfermedades no eran capaces de entender los actos jurídicos en los que participaban ni otorgar su consentimiento de forma válida y consciente, por lo que a demanda de sus familiares, el pretor le nombraba curador en función de su estado mental concreto, puesto que en este grupo se incluían discapacidades tan variadas como sordas, mudas y otras impedidas por enfermedades o avanzada edad, que eran los denominados *mente capti*.

Tanto en unos casos como en otros, en el momento del nombramiento del curador ya se establecía el tipo de protección y ayuda que el curador debía prestarles y en qué momentos, no teniendo por qué ser completa y para todos los actos que el individuo discapacitado pudiera realizar, tan solo para los casos concretos en que no le era posible realizarlos por sus impedimentos físicos.

2.2.1 TIPOS DE CURATELA EN DERECHO ROMANO

La curatela se puede dividir, en principio, entre legítima y honoraria en función de su origen. La Ley de las XII Tablas solo estableció la *cura furiosi* y la *cura prodigi*. Las restantes modalidades de curatela se deben a los decretos pretorios y a los nombramientos de los magistrados; estos serán los encargados de ir instituyendo otras figuras de curatela que atenderán a la protección de los sujetos que por sus enfermedades graves no podían administrarse por sí mismos de forma válida en la sociedad romana.

Así, podemos hablar de la *cura minorum,, la cura prodigi, la cura furiosi, cura debilium personarum, cura absenti, cura haereditati jacenti*, *cura bonorum* (curatela del deudor concursado (*cura o curator bonorum*) que se ocupaba de los casos de ejecución material del insolvente, fuera de buena o mala fe). Volviendo a citar las palabras del Profesor Girard, P.F.,: «no es posible realizar una enumeración completa de las curatelas existentes en Derecho Romano, porque la finalidad de esta institución no era sino remediar incapacidades accidentales susceptibles de variar infinitamente».[18]

Aun así, podemos señalar como las más importantes las siguientes:

1.- La denominada *cura minorum*, destinada a los varones *sui iuris*, menores de 25 años, que debido a su inexperiencia en negocios jurídicos era necesaria la protección del curador, que velaba por la gestión de su patrimonio y supervisaba los negocios que pudieran suponer un gravamen o carga para sus bienes. Esta supervisión del curador podía ser permanente o esporádica según los casos. El objetivo de esta figura era garantizar las consecuencias de los negocios jurídicos en los que interviniera un menor, habida cuenta que la tutela terminaba cuando el pupilo llegaba a la pubertad. En dicho momento el púber tenia completa libertad de obrar y realizar actos jurídicos válidos por sí mismo.

El origen de la *cura minorum* se encuentra en la *Lex Plaetoria*, creada con la intención de proteger a los adolescentes *sui iuris*, ya libres de tutela, de los peligros a los que quedaban expuestos en el tráfico jurídico ya que dada su inexperiencia podían ser objeto de fraudes y engaños. En un principio, el nombramiento del curador no era obligatorio en estos casos, pero en la época de Marco Aurelio era obligatorio la protección del curador para que fueran válidos determinados actos jurídicos como cobros y enajenaciones, sobre todo. El pretor, llegado el pupilo a la pubertad sin nombramiento de curador, era el encargado de nombrarlo de oficio para cada acto jurídico en el que era necesario.

Esta figura de protección o guarda se dirige a los mayores de 14 años que no alcanzan plena capacidad de obrar y son menores de 25 años. Se establecen medidas de protección y sanción contra los que engañan en los negocios a estos individuos, aunque hay que señalar que no era necesaria esta figura si dichos menores de edad participaban en negocios que les favorecían.

Con el paso del tiempo se estableció una dispensa de edad, la denominada *venia aetatis*, que permitía a los varones mayores de 20 años y las mujeres mayores de 18 años rehusar

[18] GIRARD, P.F., Manuel Elementaires de Droit Romain…. Cit., pp. 233 y ss.

de la *cura minorum*. El único requisito, además de la edad, era que estas personas acreditaran un comportamiento honrado.[19]

2.- La *cura prodigi*, en la que la figura del curador del pródigo tiene como finalidad salvaguardar el patrimonio de este sujeto y el de su familia. La definición de *prodigus*, es la persona que dilapida sus bienes y los consume en gastos inútiles sin medida ni razón y en palabras de Cicerón «pródigo es cualquier persona que malgasta o dilapida su patrimonio».[20]

La prodigalidad, desde tiempos antiguos, fue considerada en Roma como una enajenación mental. A instancia de sus parientes el pretor dictaba la declaración de prodigalidad en función de la cual se privaba al *paterfamilias* de la administración y se nombraba a un curador, normalmente, entre sus parientes y no existiendo persona idónea lo designaba el propio pretor. A los curadores se les encarga llevar la administración de personas que no tiene en cuenta el límite de sus gastos, que dilapidan su patrimonio, malgastando sus bienes y por lo tanto poniendo en peligro el patrimonio de la familia.

El curador podía ser nombrado por el magistrado entre las personas de la familia o allegados al pródigo, pero si consideraba que no había nadie adecuado para el cargo, se nombraba a una persona ajena a la familia para el cargo. [21]

La función del curador podía finalizar cuando la persona demostraba que sus hábitos habían cambiado y que era capaz de administrar y proteger su patrimonio. Sí podía, por sí mismo sin necesidad del curador, realizar actos que no impusieran cargas o pusieran en peligro su patrimonio y el de su familia.

3.- Dentro de las principales y más antiguas figuras de la curatela se encuentra la *cura furiosi*. Es quizá la más completa de las curatelas. La sociedad romana imponía la condición de entender y comprender los actos que una persona realizaba para que pudieran considerarse válidos frente a terceros. Los enajenados, por esta falta de entendimiento, quedaban totalmente incapacitados para realizar negocios jurídicos válidos y para poder participar libremente de la vida social, ya que en algunos casos incluso eran considerados agresivos o peligrosos. El curador normalmente era nombrado de entre los familiares agnados más próximos y se les encargaba no solo velar por su

[19] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Privado ... cit. pp. 208-210.
[20] Cic. de off. 2.16.3
[21] Fernández de Buján, A., Derecho Privado ... cit., p. 220

salud sino suplir las deficiencias del considerado enfermo y por lo tanto incapaz o discapacitado.

El cargo de curador, en principio, era provisional con la idea de que la enfermedad fuera pasajera, pero en el caso de que esta perdurase en el tiempo se tornaba vitalicio.

Respecto a los enfermos mentales, el Derecho Romano no prevé una declaración formal de incapacitación como ocurrirá más adelante en nuestro Derecho histórico español, pero la intervención del Estado a través de los magistrados exigía la constatación previa de la existencia real de la enfermedad mental.[22] El magistrado debía comprobar, en la medida de sus posibilidades, si era cierta o simplemente una simulación para eludir responsabilidades civiles o penales. Una vez constatada dicha enfermedad por el magistrado, este impondría una serie de limitaciones en la capacidad de obrar de estas personas, tanto en la esfera pública como privada.[23] También debían determinar si dicha enajenación podía ser pasajera o permanente, dado que en los momentos de lucidez la intervención del curador debía quedar excluida. Incluso se llegaron a establecer los efectos retroactivos de sus actos hasta el momento de la declaración de enajenación.

En el caso de otorgar testamento, momento importante en el Ordenamiento jurídico romano, el Derecho Romano apostó por una presunción general de capacidad en el momento de otorgar testamento, quedando la carga de la prueba en contrario a la persona que alegase la enfermedad del testador.[24]

Los conocimientos médicos en esta época no llegaron a establecer las distintas perturbaciones mentales que podían sufrir los individuos y que anulaban su capacidad de obrar, en el sentido de entender y querer, condiciones que eran necesarias en las relaciones o negocios jurídicos romanos para considerarse válidos. Pero el Derecho Romano diferenció a través de la actuación del pretor entre los denominados *furiosi* y otras afecciones físicas o mentales que podían padecer los ciudadanos romanos y que les impedían participar de forma plena en la sociedad. Así aparecieron términos para designar estas anomalías psíquicas como *furiosus, y demens, o insanus, fatuus, lunaticus o mente captus*.

[22] Fernández de Buján, A., Derecho Privado…. cit., pp. 219-220

[23] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ª L., Tutela y Curatela…. Cit., p. 26

[24] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., Discapacidad y Derecho romano… cit., pp. 158-164 y 186-222

Bajo el nombre de cura *debilium personarum*, término que no aparece en las fuentes, pero sí en la doctrina, se encuentran las personas que padecían cualquier tipo de discapacidad como sordas, mudas, *fatuo* (retrasadas mentalmente), discapacitadas por cualquier enfermedad invalidante o que por su edad avanzada han perdido sus facultades mentales. En estos casos se encargaba a un *curator* la asistencia para negocios determinados, lo que se denominaba *curatores ad certam causam*.[25]

En el caso de los discapacitados de tipo sensorial, estos sujetos tenían capacidad intelectual suficiente para comprender los actos en los que intervenían, pero como hemos indicado anteriormente, una de las características del antiguo Derecho Romano era su riguroso formalismo y el carácter verbal de los más importantes negocios jurídicos, por lo que no podrían realizarlos estas personas mudas, sordas o sordomudas por sí mismas. Por lo que la asistencia en estos casos se concretaba en la intervención del *curator* en los momentos de necesidad, pero no de forma constante o permanente. No era tan invasiva como en el caso de los *furiosi*, no velaban por su integridad física o mental, tan solo intervenían en los momentos de necesidad o determinados por los magistrados.[26]

En cuanto a la deficiencia sufrida por ceguera, el tratamiento en el Ordenamiento jurídico romano, es considerablemente diferente con respecto a los otros tipos de discapacidad sensorial. Hay que reconocer las graves limitaciones que en su vida diaria padecían estos sujetos, pero en cuanto a las dificultades para realizar actos jurídicos válidos eran menores que en el caso de los sordos y los mudos. El origen de este tratamiento considerablemente diferente se encuentra, como hemos indicado anteriormente, en la necesidad de oralidad en la concertación de la mayoría de los negocios jurídicos para que fueran válidos en la sociedad romana, por lo que los ciegos podían prestar su consentimiento pleno en los actos que fueran de su interés. El individuo aquejado de ceguera desde su nacimiento podía haber recibido educación. Gozaba de plena capacidad negocial; era titular de derechos subjetivos; ejercía la patria potestad, la tutela o podía contraer matrimonio; podía hacer testamento; ser testigos; tutor; realizar contratos; y podía ser nombrado Juez, pero no ser abogado, entre otras muchas funciones. En principio, a estos sujetos no se les asignaba curador, se hacían valer de un asistente, mandatario o representante (hijo, esclavo, liberto) para auxiliarle cuando era necesario.

[25] NACARINO MORENO, S., La curatela en el derecho romano…. cit., p. 10

[26] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., Discapacidad y Derecho romano... cit., pp. 171-184.

4.- La figura de la *cura absenti*, estaba destinada a las personas desaparecidas o ausentes, caso bastante frecuente en la sociedad romana debido a su carácter bélico. En estos casos se debía probar que tal ausencia era real y prolongada en el tiempo para que se nombrase un curador que se ocupase de su patrimonio hasta su regreso. La función encargada al curador era la buena administración del patrimonio del ausente y en ningún caso podía disponer libremente de él.

6.- La denominada *cura haereditati jacenti*, tiene por objeto nombrar a una persona, en este caso el curador, con el objeto de gestionar todos los gastos y posibles relaciones jurídicas que fueran necesarias, hasta el momento en que la denominada herencia yacente fuera aceptada o repudiada.

7.- Como hemos indicado anteriormente, la figura de la curatela viene a solucionar todos los supuestos en los que un individuo podía encontrarse en la situación, por diversos motivos, de no poder administrar convenientemente sus bienes o lo hiciera de forma inadecuada para sus intereses o los de su familia. Así, entre otras podemos señalar: la *cura bonorum* para los quebrados o la *cura ventris* para los que están por nacer y, en el caso en que el tutor designado no pudiese ocuparse de su pupilo, se nombraría un curador que se ocupase de la administración del mismo en lugar el tutor.

3. DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES DE GUARDA EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL.

El modelo de protección de las personas incapaces y discapacitados que construyó la sociedad romana arraigó en el territorio español, pero con la presencia de otras culturas en el devenir de la historia de España, estas instituciones fueron cambiando, unificándose, evolucionando en unos casos (tutela) y en otros hasta desapareciendo (curatela), según la época histórica concreta.

En este apartado vamos a analizar las dos figuras, tutela y curatela, a lo largo del derecho español desde la época de Derecho germánico hasta la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, siempre desde el punto de vista de protección a la discapacidad.

3.1 PERIODO VISIGÓTICO ESPAÑOL.

Con la caída del Imperio romano de Occidente, hacia el año 476 d.C., se instauraron en todo el continente europeo las monarquías germánicas. En la península ibérica, los visigodos en su legislación incluyeron elementos germánicos, tradiciones locales y fueron continuadores del Derecho Romano en muchos órdenes.[27]

En cuanto al tema de nuestro interés, las figuras de guarda y protección de la discapacidad en esta época, una vez desaparecido el sistema romano que se caracterizó por la dualidad de las figuras de la tutela y la curatela, fue sustituido por una sola institución tutelar de inspiración germánica que se reflejó en las distintas legislaciones que coexistieron en dicha época, principalmente los Fueros Municipales, Fuero Viejo y Fuero Real.

En estos documentos, los denominados Fueros, se observa una clara unificación de las dos figuras clásicas romanas de guarda. En estos textos tan solo se refieren a la institución de la tutela, aunque esta institución de origen romano también sufrió importantes cambios, adaptándola a la idiosincrasia del pueblo germánico.

En el Derecho germánico, que recoge el Derecho visigótico, la estructura familiar denominada *sippe*, que englobaba al conjunto de individuos que descendían de un tronco común en línea masculina, era un colectivo de gran trascendencia jurídica. En el caso de ser necesaria la tutela, recaía en una de las personas que pertenecían a este grupo familiar, aunque se entendía que era un deber de toda la familia el proteger a la persona que se encontrara en esta situación. En esta época, la tutela es entendida más bien como un deber colectivo que obligaba a toda la familia más que un deber unipersonal que pertenecía solo al nombrado como tutor. Se trata de un sistema de tutela familiar, sin intervención de los poderes públicos.[28]

En esta época, la figura de guarda es escasa y se ocupa sobre todo de la tutela de los huérfanos, encomendándose esta tutela de los hijos y sus bienes en primer lugar a las madres y, solo en el caso de que esta contrajera nuevas nupcias, al siguiente varón más próximo y mayor de 20 años, que ostentaría su tutela y solo excepcionalmente se nombra un tutor que no pertenezca a la familia.[29] Tan solo se reconoce la tutela legítima y se

[27] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Mª. L., De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)», *Revista General de Derecho romano*, nº4, 2005

[28] NACARINO MORENO, S., «La curatela en el derecho romano…cit., p.13

[29] Fuero Juzgo, Libro IV, Título III, ley 3ª; Fuero Viejo de Castilla, Libro V, Título IV, ley 1ª; y Fuero Real, Libro III, Título VII, ley 3ª

desconocen por tanto los otros tipos de tutela establecidos en el Derecho Romano, la tutela testamentaria y la tutela dativa o atiliana.[30]

Poco a poco, la importancia de la denominada *sippe*, institución familiar germánica, fue disminuyendo y la función del tutor fue adquiriendo un carácter público. Los poderes públicos pasaron a tomar una labor de control e inspección de la actividad de los tutores. Se vuelve a requerir de los tutores las características o condiciones que eran necesarias en el Ordenamiento jurídico romano; el tutor debía poseer capacidad suficiente, edad y cordura además de ser un hombre honrado y de buena fe.

Destacamos que en esta época la figura de la curatela desaparece y nada se establece en los Fueros respecto a la protección de los pródigos y demás personas que, debido a sus discapacidades, no podían participar plenamente en la sociedad.[31]

El Fuero Juzgo o *Líber Iudiciorum* o Libro de los Jueces es una de las obras legislativas más importantes de la época visigótica. La primera redacción del año 654 se atribuye al rey Recesvinto y representa la unificación jurídica del reino visigodo.

3.2 LA INVASIÓN MUSULMANA Y LA ÉPOCA DE LA RECONQUISTA EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

La invasión musulmana de la península ibérica supuso la ruptura de la unidad jurídica que el Fuero Juzgo o *Líber Iudiciorum* había conseguido durante la época visigoda.

La reconquista del territorio peninsular ocupado por los musulmanes dio lugar a distintos reinos cristianos y la creación de un nuevo derecho esencialmente local, plural y diverso. La reconquista se caracteriza por una gran variedad legislativa, ya que, aunque en una primera época se aplicaba el derecho visigótico mayoritariamente, poco a poco fue sustituido por una gran diversidad de Fueros y Derechos locales.

Así, por ejemplo, los Fueros municipales eran una serie de normas jurídicas que regulaban la vida local, las cargas y derechos de los vecinos y moradores de dicha localidad, que

[30] ARAGONÉS ARAGONÉS, R., Constitución de la tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y fianza, *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-967, Nº. 16. 1996. Dialnet.

[31] CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Mª DEL CARMEN, La protección jurídico-patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en Derecho Romano, *Revista de Derecho UNED*, nº 7, Madrid, 2010, pp. 139-144.

podían ser un complemento o estar en contraposición con los preceptos generales que debían regir.[32]

3.3 ALFONSO X EL SABIO Y LAS PARTIDAS. LAS FIGURAS DE GUARDA DE LAS PERSONAS NECESITADAS DE PROTECCIÓN.

El sistema de guarda y protección de las personas necesitadas, instaurado por el Derecho visigodo y los distintos Fueros, enseguida se reveló insuficiente e imperfecto, puesto que los tutelados se encontraban en situación de desamparo, lo que motivó su abandono, pasando al sistema de las Partidas. [33]

Las Partidas son un cuerpo normativo redactado en Castilla durante el reinado de Alfonso X (1252-1284) con el objetivo de conseguir cierta uniformidad jurídica del reino. Su nombre original era «Libro de las Leyes», aunque más tarde recibió el nombre por el que es actualmente conocido por las secciones en que se encontraba dividido «Las Siete Partidas» que fueron promulgadas en el año 1265.

Este cuerpo legislativo tuvo como objetivo la unificación legislativa del reino, así como la confirmación de la potestad legislativa del monarca y es considerado como uno de los legados más importantes de Castilla a la historia del Derecho español, al ser el cuerpo jurídico de mayor vigencia. De hecho, las Partidas estuvieron vigentes con carácter supletorio del derecho real hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1889. En palabras del Profesor Pérez Prendes, las Partidas «han resistido el peso de los siglos, simbolizando ante propios y extraños la entera personalidad del Derecho español».[34] Para el Profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN, las Partidas son "monumento del Derecho común, de base romana y canónica"[35] y "pilar esencial de nuestra legislación hasta el Código civil y objeto preferente de estudio y aplicación por jueces, funcionarios, jurisconsultos y estudiantes de leyes. La influencia del Derecho Romano es tan grande en las Partidas que Díez-Picazo ha llegado a decir que constituyen una versión en Román paladino de la Compilación justinianea"[36].

[32] PÉREZ PRENDES, J.M., Historia del Derecho Español, t. II, Madrid, Servicio Publicaciones Universidad Complutense, 9º ed. Rev., 2004, pp. 870-873.
[33] ARAGONÉS ARAGONÉS, R., Constitución de la tutela…cit., p. 5
[34] PÉREZ PRENDES, J.M., Historia del Derecho Español…, cit., pp. 870-873.
[35] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Público Romano, Civitas/Thomson Reuters, 24ª ed., Cizur Menor, 2021, p. 428.
[36] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Público…. Cit., p. 466.

En este cuerpo legislativo se recoge la herencia del Derecho Romano que se había difuminado en el ámbito peninsular gracias la figura del rey Alfonso X, denominado el Sabio, y se produce la armonización del Derecho Romano-justinianeo con el Derecho castellano fuertemente germanizado.

Con las Partidas se recupera la dualidad romana de la tutela y la curatela en las figuras de guarda de los necesitados de protección en la sociedad, incapaces y discapacitados. La regulación romana se retoma casi en su totalidad y se aprecia una vuelta a las instituciones de guarda del Derecho Romano, tanto en la tutela como en la curatela.

Hasta este momento, la figura de la curatela no tuvo ninguna importancia, siendo desconocida en todos los cuerpos legales anteriores a las Partidas.[37] De esta forma, se vuelve a retomar, como en el Derecho Romano, el criterio de la edad de los sujetos para otorgarles una figura de protección u otra (se establece la tutela en el caso de los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12 años, y la curatela para los menores de 25 años).[38] Se recupera la institución de la curatela para las personas que, aun debiendo ser capaces por su edad para actuar válidamente en la sociedad, necesitaban de protección y ayuda por no poder gobernarse a sí mismos, entre los que se incluían los sujetos que padecían cualquier tipo de discapacidad sensorial, algún tipo de enfermedad mental o malos hábitos (prodigalidad). Aunque hay que señalar que la tutela siguió teniendo una clara preeminencia respecto a la curatela en las Partidas.[39]

La curatela se destina en las Partidas a la defensa y guarda de los varones de catorce años, las mujeres mayores de doce años, los dementes, mentecatos, pródigos, mudos, sordos y desmemoriados, extendiéndose después a través de la labor de los jueces a todas las personas que por enfermedad permanente no podían atender la administración y guarda de sus bienes.[40]

En la regulación de las figuras de guarda en las Partidas, aunque siguieron el Derecho Romano, se crearon responsabilidades nuevas tales como la redacción de un inventario de los bienes del protegido, asistirles y representarles en posibles juicios, así como supervisar que los bienes del protegido no fueran gravados.

[37] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Mª .L., De la cura furiosi …. Cit., p. 36
[38] Partida 6ª, Título XVI, leyes 10ª y 13ª./ Partida 6ª, Título XVI, ley 13ª.
[39] Partida 6ª, Título XVI, ley 13ª
[40] Partida 6ª, Título XVI, ley 13ª

En cuanto a los requisitos para poder ostentar, excusar o cesar en los cargos de tutor o curador, se regula para ambos de forma unificada en las Partidas, del mismo modo que se establecieron unos requisitos de edad y capacidad personal para ostentar estos cargos.

En cuanto a la tutela se vuelve a establecer los tres tipos de tutela romana: la legitima, testamentaria y dativa,[41] aunque se mantiene la tutela de la madre en primer lugar y solo se considera, como en el Derecho germánico, la retirada de la tutela de los hijos en el caso de contraer nuevas nupcias.[42] A diferencia del Derecho Romano, en las Partidas, se establece la obligación del tutor de la educación del pupilo para que cuando salga de su protección sea una persona de provecho para la sociedad.[43]

En el sistema de las Partidas se sigue un sistema de tutela de autoridad, es decir, bajo la vigilancia del juez, mucho más favorable a los intereses del protegido que el que existía en el Ordenamiento jurídico romano. Esta regulación mucho más perfecta que la de los Fueros, tuvo una larga vigencia.[44]

Las normas de las Partidas fueron modificadas o completadas por otras posteriores contenidas en el Ordenamiento de Alcalá de 1348 y en las Leyes de Toro de 1505. Y recibieron fuerza legal para ser invocadas como Derecho común subsidiario con el Ordenamiento de Alcalá de 1348, bajo el reinado de Alfonso XI

3.4 LAS LEYES DE TORO (1505)

En el año 1505, se aprueban las Leyes de Toro, se trata de un conjunto de 83 normas que en palabras del profesor Pérez Prendes, J.M., «supusieron toda una revolución para su época, sentaban la base del Ordenamiento jurídico que más tarde se aplicaría a toda España, al unificar los diferentes fueros municipales que existían hasta el momento».[45]

En este momento en el reino de Castilla existía una gran variedad de leyes, de interpretaciones de las mismas y diferencias en cuanto a su aplicación, por lo que era necesaria una nueva legislación de forma imperiosa. Estos acontecimientos hicieron que los Reyes Católicos encargasen la labor de ordenar la diversa legislación vigente en el momento. La finalidad de las Leyes de Toro fue aclarar las lagunas, controversias o

[41] Partida 6ª, Título XVI ley 2ª
[42] Partida 6ª, Título XVI leyes 5ª y 19ª
[43] Partida 6ª, Título XVI ley 16ª
[44] ARAGONÉS ARAGONÉS, R., Constitución de la tutela…cit., p. 6
[45] PÉREZ PRENDES, J.M., Historia del Derecho…. cit., pp. 873 y ss.

aspectos poco claros de las leyes vigentes hasta el momento. Estas eran el Fuero Real, las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá y, en caso de duda en su interpretación, se debía recurrir a los reyes que mediante las Pragmáticas resolvían estas cuestiones.

En las Leyes de Toro apenas se mencionan la tutela y la curatela, figuras de guarda que coexistirán hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1889, en la que se verá suprimida esta dualidad hasta la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, siempre desde el punto de vista de protección a la discapacidad.

3.5 LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL HASTA EL CÓDIGO CIVIL DE 1889 Y LAS FIGURAS DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS.

En 1804, se promulga el Código Civil francés, que tendrá una gran influencia en el movimiento codificador español. Este cuerpo legal unifica en la tutela las dos figuras de guarda históricas: tutela y curatela. Entendiendo que, al establecer la mayoría de edad a los 21 años y no a los 25 años como estaba establecido por herencia del Derecho Romano, ya no era necesaria la figura de curador, puesto que se entendía que eran titulares plenos de sus derechos subjetivos.

En España se realizan varios intentos de creación de un Código Civil. El primer proyecto de Código Civil español data de 1821, posteriormente se intenta de nuevo en 1836 y en 1851. Todos estos proyectos se encuentran muy influenciados por el Código Civil francés de 1804, pero no se separan de lo establecido en las Partidas, que hasta ese momento estaban vigentes. Así, aunque por influencia francesa y volviendo a los antiguos Fueros se establece una regulación conjunta de las dos figuras, con clara preeminencia de la tutela, en la mayoría de los aspectos se intuye claramente cada figura y el objeto de protección en cada caso, por lo que dichos proyectos mantuvieron la dualidad de las dos figuras de guarda, tutela y curatela, de algún modo.

En cuanto a la protección de las personas discapacitadas, debemos señalar que, aun no siendo muy amplia, existen normas en todos estos Proyectos de Código Civil que intentan proteger a las personas discapacitadas. Así en el Proyecto de Código Civil de 1836, se establece como causa de desheredación el haber abandonado a la persona que otorga testamento en el caso de estar impedido (incapacitado físico) o menesteroso. Entendiéndose por menesteroso como persona necesitada no solo en el ámbito físico sino también en el mental.

En el Proyecto de Código Civil de 1851, se conservó la institución de la curaduría ejemplar, que estaba destinada a los sujetos que por razón de incapacidad física o psíquica eran incapaces de administrar sus bienes, como figura de protección de los discapacitados psíquicos.

Hasta la promulgación del Código Civil en España de 1889, el derecho vigente respecto a las figuras de guarda que nos ocupa fueron las Partidas, por lo que rigió un sistema de dualidad tutela- curatela y de tutela de autoridad, donde la gestión de estas figuras era controlada y gestionada por los jueces. Complementado en su regulación por las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881. La figura de la curatela~~,~~ subsistió en España después de las Partidas hasta la publicación de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881,[46]y desapareció completamente con la publicación del Código Civil de 1889.

3.5.1 LA ATENCION A LA DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889 Y REFORMAS POSTERIORES.

El Código Civil de 1889, siguiendo la influencia francesa, reserva dos Títulos a la regulación de la Tutela, la más extensa hasta la fecha en el Derecho español, y no se hace ninguna referencia a la curatela.

La unificación de las dos figuras tutela y curatela en una única figura: la tutela. A partir de este momento, se justificó en la falta de necesidad de dicha dualidad dada la identidad del objeto de protección de ambas instituciones. De este modo, la anterior curatela del pródigo o del discapacitado psíquico fue sustituida por la tutela correspondiente.[47]

El Código Civil de 1889 establece que estarán bajo tutela los pródigos, enfermos mentales y sordomudos. Y como objeto de protección y funciones, el tutor debe cuidar tanto de la persona como de sus bienes, velar por su educación y mejorar en todo lo que sea posible su situación de incapacidad. En este momento, se rompen todos los lazos con el Derecho histórico romano en cuanto a las figuras de guarda, tutela y curatela, quedándose la tutela como una figura de protección.

Se crean así mismo las figuras del Pro-tutor y el Consejo de Familia y se establecen su objeto y funciones, inspirándose en el modelo francés. Con una clara alteración radical de los precedentes, adoptó el sistema de tutela de familia. Se reducen las funciones de la autoridad judicial y se crean a imagen del Código napoleónico —las figuras nuevas de

[46] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Mª.L., De la cura furiosi …..cit. ,p. 39
[47] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Mª.L., De la cura furiosi ….cit., p. 40

protutor y Consejo de Familia—, unificándose las figuras de tutor y curador y adopta el sistema de tutela de familia. [48]

Se establece la exigencia previa de una declaración de incapacidad que, en el caso de los sordomudos, fijaría la extensión y límites de la tutela en función del grado de su discapacidad concreta, no haciendo referencia alguna a la graduación en la declaración de incapacidad en el caso de los discapacitados por demencia o locura, por lo que la doctrina mayoritariamente entendió que no era aplicable esta graduación puesto que el Código no atendía a la diversidad de las enfermedades mentales.

Una vez más, la jurisprudencia, en el año 1947, será la encargada de adelantarse a la ley y poner de manifiesto las lagunas legales, postulando la gradualidad de la incapacitación y la tutela de los débiles o retrasados mentales. [49]

Se puso de manifiesto que existían en la sociedad de esa época numerosos colectivos de personas con enfermedades mentales, que no estando sometidos a la patria potestad y no pudiendo gobernarse por sí mismos, no estaban contemplados por la ley y, por ende, protegidos adecuadamente.

En el caso de los pródigos, la curatela quedaba así mismo eliminada, pasando a cargo de un Consejo, que se encargaba de administrar sus bienes.

3.6 DE LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DISCAPACITADAS PREVISTA EN LA LEY 13/1983 DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TUTELA. LA VUELTA DE LA CURATELA.

Con la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, se produce una gran reforma en el régimen de guarda en nuestro Derecho. Frente a una tutela orgánica establecida por el Ordenamiento jurídico anterior (1889), se instaura una tutela de autoridad judicial, devolviendo a los órganos de justicia la función de vigilancia y control de las figuras de guarda. Desaparece el Consejo de Familia y se recupera la figura histórica de la curatela, a la vez que se crean las instituciones del Defensor judicial y la guarda de hecho. [50]

En palabras del Profesor Castán Tobeñas, «la reforma supuso pasar de una tutela orgánica, establecida en la legislación anterior (tutor, protutor, y Consejo de familia) a la individual (tutor o curador) y de la tutela de familia a la de autoridad judicial». El sistema de

[48]ARAGONÉS ARAGONÉS, R., Constitución de la tutela…cit., p 6

[49] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ª L., De la cura furiosi …… cit., p.42

[50] NACARINO MORENO, S., La curatela en el derecho romano… cit., pp 21-25

protección que se instaura tiene como principios fundamentales: la pluralidad de instituciones de guarda y el de autoridad, puesto que se dota al Juez de amplias facultades de decisión.[51]

El sistema de tutela de familia instaurado por el Código Civil de 1889, que nunca llegó a funcionar, se mantuvo vigente hasta la publicación de la Ley 13/1983 de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, momento en el que se modifica en materia de incapacitación y tutela, regulándola según el sistema de tutela de autoridad. A partir de este momento, el control de la función tutelar se atribuye a la autoridad judicial, apareciendo la figura del Ministerio Fiscal como garante.

Se presume que todas las personas son poseedores de capacidad plena de obrar mientras no exista una sentencia judicial que declare la incapacidad en el caso en que un sujeto sufra una enfermedad o deficiencia física o psíquica que impida que ejercite por sí mismo sus derechos.

Se recupera la figura histórica de la curatela con el objeto de complementar en situaciones determinadas por el Juez, las limitaciones a la capacidad de obrar de una persona.

El proceso judicial de incapacitación de una persona por sentencia judicial será la clave de la concreción del tipo de guarda (tutela o curatela) y de su alcance.

En dicha Ley se regulan las funciones y el objeto de protección de todas las figuras de guarda contempladas en su articulado. De este modo, se establece que el tutor debe sustituir a su pupilo en todos sus actos y el curador asiste a su protegido solo en los actos en los que se necesario.

La función del Defensor judicial tiene como misión principal defender los intereses del pupilo en caso de conflicto con el tutor.

La figura de guarda de hecho solo se admite en el caso en el que ya hubiese una persona que cuidaba con anterioridad del sujeto necesitado de protección.

Se reconoce la patria potestad prorrogada en el caso en que el discapacitado se encuentre sometido a dicha patria potestad, esta se hace extensiva a todas las causas de incapacitación del hijo.[52]

3.6.1 PROMULGACIÓN DE LA LEY 41/2003 DE 18 DE NOVIEMBRE DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y

[51] CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil español común y foral, Tomo V, vol. II, Reus, SA, 9.ª edic., Madrid, 1985, p. 414

[52] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ª L., De la cura furiosi …cit., p.44

DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA.

Gracias a los avances médicos y sociales que se producen en nuestra sociedad española, cada vez se va entendiendo mejor la discapacidad, la diversidad de tipologías que sufren estos colectivos y su realidad social. El objetivo de esta reforma es la de mejorar las condiciones de protección de las personas que sufren cualquier tipo de discapacidad.

En función de estas premisas, se produce la siguiente reforma que afecta a las instituciones de guarda de las personas con discapacidad en la sociedad española. Esta se produce con la Ley 41/2003, de18 de noviembre.

Una de las mayores modificaciones que se introduce por esta Ley es la autotutela. Esta figura permite a las personas que, siendo capaces pero que prevean que en futuro puedan ser objeto de una sentencia de incapacitación judicial y por tanto necesitaran de una de las figuras de guarda (tutor o curados, según los casos), puedan determinar a través de un documento público notarial a la persona concreta que asumirá dichas funciones.[53]

En esta ley existe una clara intención de proteger los intereses de las personas que se encuentran o pueden llegar a encontrarse en un estado de discapacidad.

Por primera vez en la historia, la ley establece criterios legales acerca del reconocimiento de la discapacidad de las personas, estableciendo en su artículo 2.2, que únicamente tendrán esta consideración las siguientes personas: «a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento». Y en su apartado 3 regula que «el grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».[54]

A través de este proceso establecido, las personas discapacitadas son las que, tras el correspondiente procedimiento judicial y en sentencia firme, son así declaradas, dando lugar a las denominadas personas con capacidad modificada judicialmente.

4.- LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA PERSONAS CON DISCAPACIDAD, APROBADA POR LA ORGANIZACIÓN

[53] Art. 223 CC tras la reforma de la Ley 41/2003.

[54] Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003)

DE NACIONES UNIDAS (ONU), EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006 Y SU REPERCUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

La Convención sobre los Derechos Humanos de la Personas con Discapacidad, aprobada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) el 13 de diciembre de 2006, marca un hito sin precedentes acerca del tratamiento a nivel internacional de las personas con discapacidad, implicando a los Estados parte a formar parte de un cambio sustancial en una nueva concepción y tratamiento. Constituye el primer Tratado Internacional específico sobre los derechos de las personas con discapacidad. El texto establece los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar esos derechos.

En palabras del Profesor Fernández de Bujan, «la Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España (BOE 21 de abril 2008), constituye, desde el punto de vista internacional, el momento clave hacia una nueva era en el tratamiento de la discapacidad. La dignidad, la igualdad y la libertad de estas personas se convierten en el objetivo a alcanzar a través de todas las medidas que se adopten». [55]

España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo por Instrumento de ratificación de la Jefatura del Estado publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de este mismo año. A partir de este momento y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española de 1978 y art. 1.5 del Código Civil, forma parte del ordenamiento interno. Del mismo modo, la Unión Europea, por Decisión del Consejo de 24 de noviembre de 2009, aprueba la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. A partir de este momento se impone la necesaria adaptación y modificación de diversas normas del ordenamiento jurídico interno español para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge.

4.1 ANÁLISIS DE NUESTRA LEY MÁXIMA, LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

[55] Fernández de Buján, A., "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación", Rev. ICADE, Universidad Pontificia de Comillas, septiembre-diciembre 2011, pp.119-155.

De su articulado podemos entender que se dispensa una especial protección a las personas con discapacidad. Al amparo del artículo 14 del Ordenamiento constitucional español, todos los españoles son iguales ante la ley, sin que deba prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Su contenido supone la integración de las personas con discapacidad, por lo que no cabe en modo alguno la discriminación de las personas discapacitadas por ninguna razón. En esta línea, el artículo 49 del texto constitucional establece que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de sus derechos como al resto de los ciudadanos. Si bien el contenido del artículo 49 ha propiciado desde la promulgación del texto constitucional numerosos preceptos legales, estatales y autonómicos con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, no podemos obviar que el texto constitucional al regular en su artículo 49 la atención de las personas discapacitadas, se inspiró en el modelo denominado médico o rehabilitador, predominante en el momento de su aprobación, el

cual consideraba la discapacidad como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora, en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales.

La Convención sobre los Derechos Humanos de la Personas con Discapacidad abandona este modelo médico, exponiendo que la discapacidad no debe entenderse desde el punto de vista meramente asistencial sino desde el punto de vista de los derechos humanos. Adopta el modelo social de discapacidad, así en su Preámbulo define la discapacidad como «concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás», lo que implica que configura la discapacidad como un concepto dinámico y sujeto a cambios y la sociedad ha de responder a estos cambios. [56]

La Convención sobre los Derechos Humanos de la Personas con Discapacidad define en su artículo 1 a las personas con discapacidad como «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas

[56] CUENCA GÓMEZ, P., Revisando el tratamiento de la capacidad jurídica Cit., pp. 213-246

barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás».[57]

El artículo 12 de la Convención es considerado como el eje de la misma, puesto que establece las obligaciones de los Estados Partes, al disponer para las personas discapacitadas «igual reconocimiento como persona ante la ley» y establece las siguientes obligaciones para los Estados Parte:

- Reafirmar y reconocer la personalidad jurídica de las personas con discapacidad en todas partes.

- Reconocer la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de su vida.

- Adoptar las medidas necesarias para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

- Proporcionar en el ejercicio de la capacidad jurídica las salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos, aunque dichas salvaguardas serán proporcionales al grado en que estas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas interesadas. Las salvaguardas deben asegurar que las medidas destinadas a asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica plena de estos sujetos respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; se adapten a sus circunstancias personales; se apliquen en el menor plazo de tiempo posible y se sujeten a exámenes periódicos por parte de órgano judicial competente, independiente e imparcial.

- Garantizar el derecho y acceso en igualdad de condiciones que las demás personas a ser propietarios 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. También velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.[58]

El mencionado artículo 12 prima la autonomía de las personas con discapacidad y se centra en la eliminación los obstáculos del entorno que les impiden adoptar sus propias

[57] Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008)
[58]Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008)

elecciones y en la adaptación de las condiciones de ejercicio de la capacidad jurídica a su situación y sus necesidades.[59] Se establece la obligación por parte de los Estados Parte de reconocer la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de su vida.

Partiendo del principio general de que todas las personas tienen capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida, con independencia de que padezcan cualquier tipo de disfunción o enfermedad física o psíquica, se recomienda que para las personas que tienen limitadas sus capacidades se establezcan mecanismos concretos de apoyo para la toma de decisiones en lo que concierne a su vida y relaciones patrimoniales. [60]

El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.[61]

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

Debemos destacar la labor de la Jurisprudencia en la aplicación de la normativa de la Convención de 2006 a través de sus sentencias hasta la llegada de una legislación acorde con sus principios a nuestro ordenamiento jurídico (Ley 8/21). Hasta ese momento son los Tribunales los que lo aplican directamente o lo invocan en sus sentencias de acuerdo a lo establecido en el artículo 96.1 de la Constitución española de 1978 (Ley 2500/1978) desde su ratificación.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, STS 124/2018, de 7 de marzo, teniendo en cuenta la reiterada Jurisprudencia anterior, considera en sus conclusiones «(…) es más favorable para la persona demandada, incapacitada parcialmente, la curatela en vez de la tutela. La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (…), si bien la Jurisprudencia,

[59] CUENCA GÓMEZ, P., Revisando el tratamiento... Cit., pp. 213-246
[60]MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ª L., «Tutela y Curatela……Cit., pp. 3 y ss.
[61] COLMENAR MALLEN Mª. C., «Ciertos aspectos de la incapacidad en Derecho romano, Derecho actual en España y regulación en algunos países de nuestro entorno», FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO ISBN978-84-340-2716-9, TOMO III, 2021, BOE

salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación de la Convención, por la curatela (…), desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de capacidad (…)».[62]

En definitiva, la Convención parte del principio de que una persona con discapacidad se encuentra, en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos en cuanto a su capacidad jurídica, que se refiere tanto a la titularidad de los derechos como a la capacidad para ejercitarlos. Por lo que la Convención establece el deber de proporcionar el apoyo que puedan necesitar dichas personas para el ejercicio de su capacidad jurídica. Esto sitúa en posición de igualdad a todas las personas, tengan o no discapacidad, y deben respetarse su voluntad, deseos y preferencias, además de establecer las medidas de salvaguarda necesarias para garantizar sus derechos en todos los órdenes.

A partir de la Convención de 2006, se abandona el modelo vigente hasta la fecha basado en la protección y la sustitución o representación en la toma de las decisiones de las personas discapacitadas por sentencia judicial a un modelo basado en el apoyo y la asistencia de una tercera persona en la toma de decisiones.

4.2 OBSERVACIÓN GENERAL Nº1 DE 2014 DEL COMITÉ DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS

En el año 2013, el Comité, vistos los Informes de los Estados Parte, subrayó que ninguno de ellos había adaptado plenamente su legislación al artículo 12 de la Convención, en especial en relación con la sustitución del tradicional sistema de representación en la toma de decisiones por las personas con discapacidad por el sistema de asistencia y apoyo previsto en la Convención: «En especial lo que se ha negado a la persona con discapacidad es la capacidad de obrar, con carácter general, y la asunción de la misma, en mayor o menor medida en función de las distintas legislaciones y del grado de discapacidad, por

[62] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ª L., «Tutela y Curatela……Cit., p. 4

otra persona, tutor o curador, que actuaría en representación o sustitución de la persona con discapacidad, en atención a su mejor o superior interés».[63]

En el año 2014, el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad hizo pública la Observación General n. 1. debido a la pasividad observada en la adaptación de los Estados Parte a la normativa de la Convención. Manifiesta en su Introducción, apartado 3, que procede explicar el art. 12 de la Convención para conseguir que se cumpla, puesto que el Comité observa que existe un malentendido general acerca del alcance del citado artículo 12 de la Convención, así declara que «no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas. El objetivo de la presente observación general es analizar las obligaciones generales que se derivan de los diversos componentes del artículo 12».[64]

En síntesis, viene a esclarecer lo que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad explica y defiende en su artículo 12.

De este modo, con respecto al artículo 12.3, el texto de la Observación aclara que el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe respetar la voluntad y preferencias, nunca debe consistir en decidir por dichas personas. Dichas personas pueden decidir cómo debe ser el apoyo que necesita en general e incluso si necesita asistencia para comunicarse. En cuanto al artículo 12.4, indica que, si no es posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, el que venía siendo considerado «interés superior» debe ser sustituido por la «la voluntad y las preferencias» de la persona interesada para que las personas con discapacidad disfruten en condiciones de igualdad de su derecho a la capacidad jurídica plena.

En cuanto a las obligaciones de los Estados Partes, indica la obligación por su parte de «examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona». Así, establece que los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden revestir muchas formas

[63] «La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad», Diario La Ley, nº 9961, Sección Tribuna, 2021

[64] Observación Nª 1 CRPD/C/GC/1 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014

diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial y que todas las formas de apoyo que se prevean no deben basarse en un interés superior objetivo, sino en la voluntad y preferencias de las personas interesadas., además de estar sujetas a un examen periódico por parte de una autoridad o un órgano judicial competente e imparcial. En cuanto a la persona con autoridad independiente de los órganos judiciales que nombra la Observación, el Profesor Fernández de Bujan apunta convenientemente que esta figura podría recaer en los Notarios, puesto que poseen la condición de funcionarios públicos y profesionales del derecho independientes, cabe en este caso la libre elección por parte de las personas discapacitadas y podría garantizar a través de escritura pública, la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada en el ejercicio de su capacidad jurídica.[65]

Cabe, asimismo, subrayar los esfuerzos por interpretar el Código Civil a la luz de los principios de la Convención, realizados por la jurisprudencia mayoritaria, a partir de la STS 282/2009, de 29 de abril aprobada por el Pleno y constituida en referente de posteriores y numerosas resoluciones judiciales.

5.- LEY 8/21, 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.

A lo largo de la historia, se ha negado generalmente a las personas con discapacidad psíquica, intelectual o psicosocial sin atender a su distinta tipología y graduación de la enfermedad o su aptitud para tomar decisiones por sí mismas. Así lo informa la Asociación Española de Fundaciones Tutelares (AEFT), un 80% de las personas con discapacidad intelectual tiene una tutela completa, pero solo un 20% la necesitan realmente.[66]

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, siguiendo las premisas de la Convención de 2006, además de suponer una transformación en el orden jurídico, supone así mismo un cambio en la mentalidad social (o debe llegar a serlo) respecto al concepto de la discapacidad y la aceptación plena de que las personas con

[65] Fernández de Buján, A., Convención de 2006 ……. Cit., pp.119-155.
[66] ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES TUTELARES (AEFT) https://fundacionestutelares.org/

discapacidad son titulares de Derechos. Se ha de eliminar la estigmatización y el paternalismo hasta ahora existentes por un sistema de apoyos y respeto a sus derechos en todos los órdenes.

En el Apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021 se afirma, «que se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad».[67]

Hay un antes y un después de la entrada en vigor 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, vigente el 3 de septiembre de 2021. Se trata de una reforma histórica, a partir de esta ley se introducen modificaciones en nuestro Ordenamiento jurídico en distintos órdenes, no solo en la legislación civil y procesal, sin que también se introducen modificaciones en numerosas leyes: del Notariado, Hipotecaria, Registro civil, de Jurisdicción Voluntaria, Código de Comercio, Código Penal, Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, normativa tributaria, entre otras.

En palabras del Profesor Fernández de Bujan, la Ley 8/21, de 2 de junio es considerada por la doctrina como «la más mas importante de derecho civil desde la Constitución, o una de las más relevantes, al nivel de la Ley de 1981 de derecho de familia, afecta a todo el Ordenamiento, aunque especialmente al derecho privado».[68]

5.1. CAMBIOS SUSTANCIALES QUE INTRODUCE LA LEY 8/21, DE 2 DE JUNIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Entre las modificaciones más relevantes que se han producido con la entrada en vigor de la Ley 8/21, centrándonos sobre todo en el orden civil y procesal, podríamos destacar las siguientes:

5.1.1 CAMBIO DE PARADIGMA: DE LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

[67] 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 (BOE núm. 132, de 03 de junio de 2021)

[68] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad (1)», Diario La Ley, nº 9961, Sección Tribuna, 2021 p. 6

Esta reforma implica un profundo cambio en la forma de entender la discapacidad. Como hemos señalado anteriormente, se abandona un sistema basado en la sustitución de la toma de decisiones de las personas discapacitadas por un sistema de apoyo en la toma de las decisiones de la persona con discapacidad, potenciando su autonomía e independencia y respetando en todo momento su voluntad, deseos y preferencias.

Así mismo se abandona, acorde con la Convención de 2006, el modelo médico de tratamiento de la discapacidad mediante el cual se entendía que la discapacidad era una enfermedad que había que curar y se debía proteger al enfermo, y se adopta el modelo social en el que se reconoce que las personas discapacitadas son ante todo personas que tienen derechos que deben ser respetados, se hace reflexionar sobre el entorno social y las barreras que impiden su desarrollo, exigiendo entornos inclusivos y estableciendo la necesidad de contemplar las capacidades concretas de la personas discapacitada y su nivel de autonomía.[69]

Desde el punto de vista jurídico, se abandona un modelo paternalista, sobreprotector y que no contempla la heterogeneidad que presentan las personas con discapacidad por un modelo en el que el derecho se vestirá de "sastre" para crear el traje jurídico individualizado acorde con las necesidades concretas de cada persona con discapacidad.

5.1.2 NUEVO CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA EN LA LEY 8/21

Tanto la Convención de 2006 como la citada Observación General Nº1 de 2014 y la Ley 8/21 entienden subsumida en el concepto de capacidad jurídica tanto la titularidad del derecho como su capacidad de ejercicio, por tanto, se engloba en la capacidad jurídica todas las facultades de la persona y se suprime, en relación con la discapacidad, la clásica diferencia entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

La Observación General nº 1 de 2014, a propósito del art. 12. 2 de la Convención aclara que: «La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin».[70]

[69] https://www.plenainclusion.org/discapacidad-intelectual/recurso/modelos-de-la-discapacidad/
[70] Observación Nª 1 CRPD/C/GC/1 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014

En función de esta nueva concepción de capacidad jurídica, se hace necesaria una protección integral en base a las necesidades concretas de la persona con discapacidad, su personalidad, su capacidad para gestionar el patrimonio y tomar decisiones. Esta protección se concreta en la obligación de prestar apoyo a las personas discapacitadas en las áreas en que sean necesarias, incluyendo medidas de ayuda técnica y no en todos los aspectos.

La propia Ley 8/21, en su denominación, «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», ya deja clara su postura al respecto. Las personas con discapacidad deben ser respetadas, apoyadas y protegidas en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esto supone, en el orden civil, la eliminación de lo que hasta ahora se conocía como el proceso de incapacitación o modificación judicial de la capacidad para convertirlo en un procedimiento de designación de apoyos, de este modo las personas discapacitadas no pueden ser privadas de su capacidad jurídica y se eliminan todas las modificaciones respecto a su capacidad de obrar. Esta nueva determinación legal conlleva por tanto la eliminación de nuestro panorama jurídico de las figuras como la patria potestad prorrogada o rehabilitada y la tutela sobre personas mayores de edad con discapacidad, sustituyéndolas por figuras de apoyo entre las que destaca la curatela, entre otras. En definitiva, desde la entrada en vigor de la Ley 8/21 ya no es posible limitar las capacidades de las personas.

5.1.3 EL RESPETO DE LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El Apartado III del Preámbulo de la Ley 8/21 establece que: «No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado».[71]

[71] 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 (BOE núm. 132, de 03 de junio de 2021)

El modelo social de discapacidad, incorporado por la nueva Ley 8/21 y basado en el respeto de la voluntad e independencia de las personas discapacitadas, supone un cambio importante en el sentido de pasar del paradigma de la sustitución de su voluntad en la adopción de decisiones a otro basado en el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad como una de las claves esenciales de la Ley 8/21.

La autonomía de la voluntad de las personas discapacitadas se va a ver reflejada en la decisión de estas personas de utilizar un apoyo u otro en la toma de decisiones. Así, las medidas voluntarias de apoyo se tomarán de menor entidad a más en el sentido de reservar las medidas legales y judiciales solo para los casos en que exista una clara insuficiencia en la manifestación de la voluntad y preferencias por parte de la persona incapacitada. Si realmente hubiese una imposibilidad para la toma de decisiones por parte del individuo en cuestión, puesto que su grado de discernimiento debido a su discapacidad lo hace imposible o pudieran ser víctimas de abusos o influencias indebidas por parte de otras personas, en estos casos el legislador admite que se puedan tomar medidas que contradigan la voluntad expresa de la persona con discapacidad y se hará uso de la figura de la curatela.

En este sentido ha resuelto la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 589/2021, de 8 de septiembre: «(…) la voluntad contraria del interesado, (…) es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado (…)».[72]

5.1.4 MEDIDAS DE APOYO Y PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SALVAGUARDAS ESTABLECIDAS EN LA LEY 8/21.

Los apoyos designados por y para cada persona con discapacidad tiene la función de garantizar el ejercicio pleno de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, debiendo respetar como hemos señalado su voluntad, deseos y preferencias.

[72] STS 589/2021, de 8 de septiembre

De este modo, La Ley 8/21 establece distintas medidas de apoyo que se desarrollan en el nuevo Título XI del libro I del CC que, tras la modificación, pasa a denominarse *De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Los artículos 249 y 250 regulan las medidas de apoyo y las salvaguardas necesarias.

En síntesis, podríamos señalar las siguientes:

1.- Como medidas voluntarias, se establecen la propia decisión de la persona discapacitada mediante escritura pública, ante Notario.

2.- En cuanto a la guarda de hecho, se considera que estas deben ser suficientes para salvaguardar los derechos de la persona con discapacidad y siempre en tanto en cuanto no existan otras medidas de apoyo voluntario o judiciales.

3.- La curatela, de la que posteriormente hablaremos de forma más extensa, será una medida que requerirá de una resolución judicial previa.

4.- El defensor judicial. Se trata de una figura de carácter aún más subsidiaria que las anteriores, debe ser determinada judicialmente y solo se acudirá a ella en momentos concretos y puntuales y en caso de conflicto de intereses entre la persona designada como curador y la persona con discapacidad. Este puede ser un abogado, un representante de una fundación, etc.

En cuanto a las salvaguardas, se tratan de medidas de control cuyo objetivo es prevenir, garantizar y evitar el riesgo de abuso y manipulación en atención a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad. Así, entre estas medidas de salvaguarda podemos citar la necesidad de constancia mediante documento público de dichas medidas, la exigencia de fianza, la rendición de cuentas e inventario (curador representativo) por parte del curador y la obligación de revisar las medidas de apoyo judiciales con carácter periódico con un plazo máximo general de 3 años y de 6 años en casos excepcionales; también se puede solicitar una revisión con un plazo más corto en el caso de un cambio en la situación de la persona con discapacidad (art. 268 CC).

5.1.5 LA TUTELA, LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA DESAPARECEN EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD.

La figura de la tutela en el ámbito de la discapacidad desaparece, sustituyéndose por una curatela representativa o la aplicación de un sistema de apoyos de origen voluntario, no existiendo como hemos señalado anteriormente desde la entrada en vigor de la Ley 8/21, la incapacitación de las personas.

Esto es así porque se considera que tanto institución de la tutela como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada son figuras muy rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad previsto en la Ley 8/2021.[73]

La tutela se contempla tan solo para los menores de edad no emancipados en situación de desamparo y no sujetos a patria potestad. La figura de la tutela desaparece para las personas con discapacidad y los menores emancipados y será sustituida por la curatela que deberá complementar la capacidad jurídica de la persona necesitada de forma proporcional a su discapacidad.

Será la autoridad la encargada de determinar las personas que cumplen las condiciones necesarias para ejercer la función de tutor, que pueden ser tanto personas físicas como jurídicas. Sus funciones principales serán las de representar al menor solo en los actos en los que no pueda tomar las decisiones jurídicas por sí mismo y siempre ha de actuar conforme a la voluntad de la persona tutelada. Se establece el deber por parte del tutor de oír a los menores antes de tomar las decisiones. De este modo, se pretende velar por los intereses del menor, sus valores, creencias y personalidad. Así mismo, se establecen limitaciones y prohibiciones en su función.

5.1.6 LA CURATELA SE CONSTITUYE EN LA PRINCIPAL MEDIDA DE APOYO DE ORIGEN JUDICIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La figura de la curatela toma gran importancia tras la entrada en vigor de la Ley 8/21 en detrimento de la figura de la tutela que ha tenido una función preponderante hasta la fecha, como hemos visto a lo largo del presente trabajo.

[73]FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., La Ley 8/2021…. Cit., p. 8

A partir de la Ley 8/21, las personas sometidas a tutela quedaran sometidas a curatela representativa según la nueva legislación, así como los mayores de edad con discapacidad que necesiten de apoyo para realizar determinados actos jurídicos válidos.

La versatilidad de la actual figura de la curatela, que ahora se recupera, nos recuerda a la diversidad de la figura de la curatela en nuestro histórico Derecho Romano. El curador, según la Ley 8/21, ha de ser la figura que complementa las capacidades de una persona con discapacidad en determinados actos jurídicos y debe limitarse a las acciones establecidas por la autoridad judicial en su designación y del mismo modo y se encuentra sometido a la supervisión judicial para garantizar la protección de los derechos e intereses de la persona bajo curatela.

La función principal de esta figura es actuar en base a la voluntad, las preferencias y los intereses de la persona con discapacidad o menor emancipado que necesita su asistencia, complementando si es necesario su capacidad jurídica y procurar que la persona logre un desarrollo personal para tomar decisiones de manera cada vez más autónoma.

Se prevé la figura del curador representativo, pero este actuará solo en los casos en que la circunstancia de la persona con discapacidad le impida ejercer los actos jurídicos y solo en casos excepcionales. Esta función queda limitada a lo que se exprese de manera concreta en su designación y deberá solicitar autorización a la autoridad judicial para determinados actos de mayor relevancia que considere necesarios. Para obtener estas autorizaciones concretas será necesario la intervención del Ministerio Fiscal y la persona sobre la que se ejerce dicha curatela.

5.1.7 NUEVAS RESPONSABILIDADES Y OLIGACIONES DERIVADAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA PLENA EN LAS PERSONAS DISCAPACITADAS.

Este tema queremos solo apuntarlo, ya que entendemos que la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad se debe traducir en una mayor responsabilidad tanto en ámbito civil, en cuanto a la responsabilidad por hecho propio (artículo 299 Código civil), y en una concepción aún más restringida de la responsabilidad por hecho ajeno (artículo 1903 Código civil) y su responsabilidad en el ámbito penal (artículo 120 del Código Penal).[74]

[74] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La Ley 8/2021……Cit., p. 9

5.1.8 REVISIÓN DE LOS PROCESOS ANTERIORES A LA LEY 8/21.

Todos los procesos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/21 siguen vigentes, puesto que su desaparición automática crearía una gran inseguridad jurídica, por lo que el legislador prevé una conversión a instancia de parte, es decir, se ha de solicitar la adaptación por vía judicial de las resoluciones o de oficio para adaptarlas a la nueva regulación.

6.- CONCLUSIONES

Primera. - Hemos hecho un breve recorrido a lo largo de la historia del Derecho español desde el Derecho Romano hasta el siglo XXI, donde vemos como las figuras creadas y diseñadas para la protección de las personas necesitadas por su discapacidad o por sentencia de incapacidad se crearon y cómo las protegieron. Durante la historia del Derecho español, estas figuras de protección se han modificado o adecuado al entorno preponderante en el momento, algunas como la curatela dejaron de tener la importancia que tenían en el Derecho Romano e incluso en épocas históricas del Derecho español, llega a desaparecer en pro de la figura de la tutela, englobando esta figura todos los casos que se consideraban según el momento histórico, necesitados de protección, aunque muchos de los casos no se llegaron ni a atender en algunas épocas, ni se llegaron a tener en cuenta como necesarios de protección por parte del ordenamiento jurídico imperante en la época y, por tanto, no se les dio la protección que se debía, dejándolas al amparo de sus familias si estas tenían los medios para protegerlas y si no a su suerte.

A lo largo de la historia, solo a instancia de los familiares era posible obtener protección externa para estas discapacidades y en la mayor parte de los casos simplemente se desconocían sus necesidades e impedimentos para poder participar de forma plena en la sociedad, relegándolos o marginándolos sin ningún tipo de defensa en manos de quien fuera familiares o instituciones.

Segunda. - Aunque con la reforma de 1983 se recupera de nuevo la figura de la curatela después de mucho tiempo, no es hasta la llegada de la Convención de 2006 donde esta figura de protección recupera toda la fuerza como la mejor forma de defensa y protección de las personas incapaces y discapacitadas debido a su flexibilidad, tipología, etc., frente a la rígida institución de la tutela y su característica propia de representación de la persona protegida en todos los ámbitos.

La figura del tutor, en general, se pone entre medias de la sociedad y de la persona que representa, mientras que la curatela acompaña al protegido supliendo sus deficiencias, pero no interponiéndose en el lugar que debe ocupar el protegido. La figura del curador en una figura de acompañamiento y defensa de los intereses y derechos del protegido, mientras que la figura del tutor es la mera intromisión de una tercera persona negociando, aceptando o administrando en nombre de la persona protegida.

Tercera. - La Convención de 2006 y la Ley 8/21 optan por la asistencia y acompañamiento de la persona necesitada de protección, no por la anulación en función de la preeminencia del tutor de las personas representadas o necesitadas de guarda. Supone un cambio en la mentalidad, un nuevo paradigma de la discapacidad, un cambio en cuanto al impulso hacia una mayor autonomía y un respeto de la su voluntad respecto de las personas con discapacidad.

Se trata de un nuevo modelo social de discapacidad basado en los derechos humanos; implica pasar de un sistema de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado, como hemos indicado anteriormente y establece la nueva Ley 8/21, en la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad que se configuran junto con la provisión de medidas de apoyo voluntarias, legales, fácticas y judiciales, y la supresión de la modificación judicial de la capacidad de las personas con discapacidad, como los ejes esenciales de la Ley 8/2021, que a la fecha de este trabajo está en vigor en nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque hay que tener en cuenta que lo que más preocupa a las organizaciones sociales es que el sistema de apoyos sea efectivo y vaya acompañado de un esfuerzo económico que se adapte a las nuevas exigencias de la Ley 8/21, además de una labor de una diferente concienciación de la sociedad respecto a las personas con discapacidad y el respeto a su entorno.

Agradecimientos:

Agradecimientos al Profesor Antonio Fernández de Buján por su claridad en todas las exposiciones, gracias por hacernos entender de forma fácil todo y cuanto expone en sus escritos.

Agradecemos todos sus escritos a la Profesora Lourdes Martínez de Morentín Llamas y nos unimos a su felicitación al profesor Santiago Castán Pérez-Gómez por la completa y rica visión que hace de la discapacidad en el mundo romano en su obra, y por revalorizar las instituciones romanas para el apoyo de la capacidad de estas personas[75]así como a

[75] MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ª L., Anotaciones acerca de la discapacidad en derecho romano. *Revista General de Derecho romano*, nº34, 2020 p. 9

todos los maestros que he consultado y que nombro en la bibliografía, que han hecho posible el presente trabajo.

Y por supuesto a mi tutor el Profesor Juan Antonio Bueno Delgado, por su preciada orientación, dirección y rápida atención a lo largo de este trabajo. Gracias a él, es posible el presente estudio.

BIBLIOGRAFIA

ARAGONÉS ARAGONÉS, R., Constitución de la tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y fianza, Cuadernos de derecho judicial, ISSN 1134-967, Nº. 16. 1996. Dialnet.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., Discapacidad y Derecho Romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas y sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua, editorial Reus, Madrid, 2019

COLMENAR MALLEN Mª. C., Ciertos aspectos de la incapacidad en Derecho romano, Derecho actual en España y regulación en algunos países de nuestro entorno. Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano Tomo III ISBN978-84-340-2716-9, 2021, BOE

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

DILIBERTO, O., Studi Sulle Origini Della "Cura Furiosi", Serie I. Vol 32. (Napoli 1984). cit., p.107

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación", Rev. ICADE, Universidad Pontificia de Comillas, septiembre-diciembre 2011

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación.

Revista de Derecho UNED, nº 9, Madrid, 2011

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Ley 15/ 2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: una visión general de la nueva regulación. Revista General de Derecho Romano, nº 26, 2016

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Privado Romano, 10ª edición, editorial Iustel, Madrid, 2017

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Romano, 5ª edición, editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2021

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad. Diario La Ley, nº 9961, Sección Tribuna, 2021

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Derecho Público Romano, Civitas/Thomson Reuters, 24ª ed., Cizur Menor, 2021, p. 428-466

GIRARD, P.F., MANUEL Elementaires de Droit Romain, 7.ª edic., Paris, Rousseau, 1924, p. 233. En el mismo sentido Arias Ramos, J. y Arias Bonet, J.A., Derecho romano vol. II, 17.ª edic., Madrid, Editorial de Derechos Reunidas, Revista de Derecho Privado, 1984, p. 752.

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Mª.L., De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)», Revista General de Derecho Romano, nº4, 2005

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ªL., Tutela y Curatela en Derecho Romano, Revista General de Derecho Romano, nº35, 2020

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.ªL., Anotaciones acerca de la discapacidad en derecho romano, Revista General de Derecho Romano, nº34, 2020

MODELOS DE DISCAPACIDAD, https://www.plenainclusion.org/discapacidad-intelectual/recurso/modelos-de-la-discapacidad/ (Consultado el 12 de marzo de 2022).

NACARINO MORENO. S., La curatela en el derecho romano y su proyección actual, Revista General de Derecho Romano 37 (2021) Universidad Autónoma de Madrid

OLIVER SOLA, Mª. C., Precedentes romanos sobre adopción, tutela y curatela», Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, vol. 18, nº 2, 2009, pp. 203-210

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

PÉREZ PRENDES, J.M., Historia del Derecho Español, t. II, Madrid, Servicio Publicaciones Universidad Complutense, 9º ed. Rev., 2004, pp. 870-873.

SALAZAR VARELLA, C.E., El proceso de incapacitación. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

SCHULZ, F., Derecho romano clásico, trad. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960, p. 154

LEGISLACION Y NORMATIVA

Fuentes históricas:

Corpus iuris civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii ..., Volumen 6

Fuero Juzgo

Fuero Viejo de Castilla

Fuero Real

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

Leyes de Toro

Las Partidas

Proyecto de Código Civil de 1821

Proyecto de Código Civil de 1836

Proyecto de Código Civil de 1851

Código civil de 1889

Fuentes nacionales actuales

Constitución Española de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela (BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983)

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003)

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad,

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. (BOE núm. 289, de 03 de diciembre de 2013)

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 03 de julio de 2015)

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 (BOE núm. 132, de 03 de junio de 2021)

Fuentes internacionales

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008)

Observación Nª 1 CRPD/C/GC/1 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014

JURISPRUDENCIA

STS 282/2009, de 29 de abril

STS 124/2018, de 7 de marzo

STS 589/2021, de 8 de septiembre