



Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas

Departamento de Derecho público

**INSTITUCIONES JURÍDICO ASISTENCIALES Y DE  
GUARDA PARA MAYORES DISCAPACITADOS:  
DERECHO ROMANO, RECEPCIÓN Y PROBLEMAS  
ACTUALES DE LA NECESARIA INCAPACITACIÓN  
JUDICIAL**

***TESIS DOCTORAL***

Presentada por:

**Lda. M<sup>a</sup> Carmen Colmenar Mallén**

Dirigida por:

**Prof. Dra. Carmen Lázaro Guillamón**

**Profesora Titular de Derecho romano de la Universitat Jaume I**

**Prof. Dra. Amparo Montañana Casaní**

**Profesora Titular de Derecho romano de la Universitat Jaume I**

**Castellón, noviembre de 2015**



# AGRADECIMIENTOS

---

En primer lugar deseo expresar mi más sincero y profundo agradecimiento a las directoras de esta tesis doctoral, especialmente a la Dra. Carmen Lázaro Guillamón y a la Dra. Amparo Montañana Casaní, por haber confiado en mí y haberme animado a emprender la elaboración de esta tesis, incluso ya desde su génesis en el preceptivo trabajo de investigación previo a la elaboración de toda tesis doctoral. En ocasiones, como ha sido el caso, en los proyectos interfieren factores diversos, que por una u otra causa dilatan en el tiempo su elaboración, por lo que sin su apoyo y confianza incondicional, sus inestimables consejos, sus indicaciones en mis consultas sobre metodología, su valiosa capacidad para guiar mis sugerencias e ideas siempre enmarcadas por su orientación y rigurosidad, este proyecto no hubiera podido salir adelante. Les agradezco igualmente sobremanera el haberme facilitado siempre cuántos medios he necesitado para poder llevar a término todos los objetivos propuestos en esta tesis.

Muestro mi agradecimiento también a mi familia, por haber estado siempre ahí, tanto en los buenos como en los malos momentos.

Finalizo este apartado dando las gracias a todas las personas que con su cariño y amistad me han prestado un gran apoyo moral y humano, animándome a lo largo de este camino, soportándome y comprendiendo con estoica paciencia la dedicación que requiere la realización de una tesis.

A todos ellos, desde lo más profundo de mi corazón, muchas gracias.



## ÍNDICE

---

ABREVIATURAS.....	1
INTRODUCCIÓN .....	5

### **CAPÍTULO I. LOS MAYORES INCAPACES EN DERECHO ROMANO**

I. 1.- EL CONCEPTO DE INCAPACIDAD EN EL DERECHO ROMANO: ALGUNAS CONSIDERACIONES .....	17
I. 2.- LA INNECESARIA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD.....	26
I. 3.- LAS FIGURAS ASISTENCIALES: TUTELA Y CURATELA .....	50
I. 3. 1.- La tutela .....	54
I. 3. 2.- La curatela .....	57
I. 3. 3.- Tutela y curatela. Textos .....	59
I. 4.- SUPUESTOS ESPECIALES .....	63
I. 4. 1.- Las mujeres mayores de doce años.....	65
I. 4. 2.- La trascendental relevancia de la figura del “ <i>furiosus</i> ” en nuestro estudio. Origen, concepto y textos de interés .....	70
I. 4. 3.- La especial relevancia de la figura del “ <i>prodigus</i> ” en el presente estudio. Origen, concepto y textos de interés.....	88

I. 4. 4.- Otros supuestos especiales: sordos, mudos, ciegos, salud deficiente o por mucha edad del tutor/curador .....	117
I. 4. 5.- El <i>Postliminium</i> .....	123
I. 4. 6.- Protutela y procuratela. ....	136

## **CAPITULO II. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO**

II. 1.- INTRODUCCIÓN.....	145
II. 2.- ORDENAMIENTOS ANTERIORES AL CÓDIGO CIVIL .....	150
II. 2. 1.- Fuero Juzgo.....	150
II. 2. 2.- Fuero Viejo de Castilla .....	158
II. 2. 3.- Fuero Real de España .....	165
II. 2. 4.- Las Partidas.....	171
II. 2. 5.- La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.....	203
II. 2. 6.- La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 .....	213

## **CAPITULO III. DERECHO CIVIL ACTUAL**

III. 1.- ANTECEDENTES.....	227
III. 1. 1.- El Proyecto de Código civil de 1821 .....	227
III. 1. 2.- El Proyecto de Código civil de 1851 .....	228
III. 1. 3.- El Proyecto de Código civil de 1869 .....	233

III. 2.- EL VIGENTE CÓDIGO CIVIL DE 1889.....	234
III. 2. 1.- Incapacitación: concepto.....	234
III. 2. 2.- Figuras jurídico-asistenciales.....	254
III. 2. 2.1.- La tutela.....	255
III. 2. 2. 2.- La curatela.....	263
III. 2. 2. 3.- El defensor judicial.....	265
III. 2. 2. 4.- El guardador de hecho.....	267
III. 3.- EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN EN LA ACTUAL L.E.C. ....	268
III. 4.- LA NUEVA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y SU INCIDENCIA EN LA REGULACIÓN DE LAS INSTITUCIONES TUTELARES ACTUALES.....	273
III. 5.- DERECHOS FORALES.....	317
III. 5. 1.- Derecho civil catalán.....	317
III. 5. 2.- Derecho civil gallego.....	342
III. 5. 3.- Derecho civil navarro.....	344
III. 5. 4.- Derecho civil aragonés.....	345
III. 5. 5.- Derecho civil en la Comunidad Valenciana.....	360
III. 5. 6.- Derecho civil vasco.....	379
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>393</b>

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	409
<b>ÍNDICE DE FUENTES</b> .....	435



## **ABREVIATURAS UTILIZADAS**

---

A.A.M.N.	Anales de la Academia Matritense del Notariado
A.G.	Archivo Giuridico
A.H.D.E.	Anuario de Historia del Derecho Español
A.P.	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
B.G.B.	Código Civil Alemán
B.O.A.	Boletín Oficial de Aragón
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
B.O.P.C.	Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya
B.O.P.V.	Boletín Oficial del País Vasco
C.	Código de Justiniano
C.C.	Código Civil
C.C.Cat.	Código Civil de Cataluña
C.Com.	Código de Comercio
C.E.	Constitución Española
C.F.	Código de Familia

C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial
C.I.L.	Corpus Inscriptiorum Latinorum
C.P.	Código Penal
CCAA	Comunidades Autónomas
D.	Digesto
D.G.A.I.	Dirección General de Atención a la Infancia
D.O.C.V.	Diari Oficial de la Comunitat Valenciana
D.O.G.C.	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
EDB	El Derecho Bibliografía
EDD	El Derecho Doctrina
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
EDL	El Derecho Legislación
FV	Fragmenta Vaticana
Gai.	Instituciones de Gayo
Inst.	Instituciones de Justiniano
JV	Jurisdicción Voluntaria
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.H.	Ley Hipotecaria
O.N.U.	Organización de Naciones Unidas
R.C.D.I.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

*Instituciones jurídico asistenciales y de guarda para mayores discapacitados:  
Derecho romano, recepción y problemas actuales de la necesaria incapacitación judicial*

R.D.G.R.N.	Resolución Dirección General de los Registros y el Notariado
R.D.P.I.	Revista de Derecho Procesal Iberoamericano
R.D.Priv.	Revista de Derecho Privado
R.D.U.M.	Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo
R.G.D.R.	Revista General de Derecho romano
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.J.U.A.M.	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RIDA	Revue Internationale des Droits de l'Antiquité.
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo
T.O.L.	Tirant on line
T.S.	Tribunal Supremo
U.A.M.	Universidad Autónoma de Madrid
U.I.M.P.	Universidad Internacional Menéndez Pelayo
U.N.A.M.	Universidad Nacional Autónoma de México

*M<sup>a</sup> Carmen Colmenar Mallén*

# **INTRODUCCIÓN**

---

*M<sup>a</sup> Carmen Colmenar Mallén*

En la actualidad, en las denominadas sociedades desarrolladas y gracias a los avances en el ámbito de la medicina y la asistencia sanitaria, es un hecho constatable la cada vez mayor longevidad de las personas, no obstante, estos mayores no siempre gozan de condiciones físicas o psíquicas adecuadas para el desarrollo normal de actividades cotidianas u otras más específicas o complicadas, de suerte que necesitan de diversos grados de asistencia. Más aun, las instituciones asistenciales concebidas en principio para la guarda de personas mayores son y deben ser útiles igualmente para el caso de personas que sufran cualquier tipo de patología psíquica o física que disminuya su aptitud suficiente para desenvolverse convenientemente en un entorno cotidiano, en definitiva, hacemos objeto del presente estudio a cualquier sujeto que haya alcanzado la mayoría de edad y que, dadas sus condiciones físicas y/o psíquicas necesita de la figura de un “protector”.

También debe englobarse entre estos supuestos de necesidad de asistencia a personas más jóvenes (aunque siempre mayores de edad) a tenor de los distintos hábitos de vida actual, la caída en ciertas adicciones, etc., que puedan ser causa de enfermedades psíquicas.

Todas estas circunstancias provocan que quien se halla en alguna de tales situaciones presente carencias que necesitan ser suplidas para la realización de determinados actos con la intervención de determinadas figuras de carácter asistencial que, en nuestro derecho, se concretan en la tutela o en la curatela, según los casos.

El aumento progresivo del número de situaciones que requieren de una respuesta del ordenamiento jurídico motiva el planteamiento del presente trabajo. Para ello, y con carácter previo a estudiar las posibles respuestas que nuestro derecho actual pueda o no ofrecernos, es obligado analizar y estudiar sus raíces, desde sus orígenes, en el Derecho romano, hasta la actualidad, examinando la evolución sufrida por la regulación de instituciones tutelares, tutela-curatela, a lo largo de la Historia (Digesto, Fuero Juzgo, Partidas, LEC 1881, C.C.,...), hasta llegar a nuestros días, donde tampoco podemos obviar ni ignorar el tratamiento que efectúen las distintas normativas forales o autonómicas de nuestro territorio.

Sólo desde el conocimiento de la institución a través de su evolución histórica y empleando el método de la Dogmengeschichte podemos ser capaces de ofrecer respuestas a problemas jurídicos de nuestro entorno actual y cotidiano.

Debemos plantearnos si, ante determinados actos de la cotidianidad que, por ejemplo, personas de avanzada edad no pueden realizar por sí mismos, no debe darse algún tipo solución que actualmente no contempla nuestro Derecho. Por ejemplo, nuestro ordenamiento jurídico no actúa salvo en los supuestos en los que una persona dilapide su patrimonio de forma tal que requiera el nombramiento de un curador previa declaración de prodigalidad a través de un procedimiento judicial que conlleva necesariamente la incapacidad del declarado pródigo. Del mismo modo opera nuestro Derecho cuando se encuentra ante personas que, por razones de enfermedad mental requieren el nombramiento de un tutor, en estos casos también se requiere la previa incapacitación judicial para el nombramiento de dicho tutor.



¿Por qué no puede existir una previsión personal ante determinadas circunstancias que se puedan producir en un futuro que operen de forma automática, sin una previa intervención judicial declarando la incapacitación con las consecuencias que ello conlleva? ¿No resultaría más ágil un sistema que prescindiera de la previa declaración de incapacitación?... Tal vez nuestro ordenamiento jurídico debiera plantearse, ya que existen ordenamientos jurídicos que sí lo han hecho.

Quizá nuestro ordenamiento jurídico debería ofrecer una respuesta más flexible que no implicara necesariamente la incapacitación de una persona y que permitiera la suplencia de determinadas carencias, propias simplemente de la edad, a través de personas o instituciones que, en definitiva, hicieran la vida más fácil a nuestros mayores, o bien cuando nos encontremos ante problemas de mayor complejidad, cada vez más graves y frecuentes, como es el caso de los se producen en el entorno familiar de aquellos quienes padecen algún tipo de trastorno mental y se niegan a someterse a tratamiento, acrecentando aún más, si cabe, su propio problema y el de sus más allegados, que se ven privados de un mecanismo que permita la vuelta a la “normalidad” de sus familiares, sin verse abocados a un necesario procedimiento judicial que implique su incapacitación. Este procedimiento judicial es arduo y, en ocasiones, farragoso (no debe olvidarse que quienes no desean someterse a tratamiento también son reacios a comparecer al pertinente reconocimiento forense que tal procedimiento implica, evitando en muchas ocasiones acudir a la cita en sede judicial, demorando todavía más el procedimiento y, con ello, la resolución de una cuestión trascendental en el núcleo familiar). Tal vez si se optara por un sistema que permitiera la actuación institucional de forma urgente, similar, y salvando las distancias, a la intervención

administrativa que se produce en materia de menores en aras a la declaración de desamparo de los mismos, etc., las familias afectadas gozarían de una respuesta más eficaz. Procedimiento que, no obstante, y dado que entraría en colisión con determinados derechos del enfermo, debería someterse a control judicial que velara por el respeto de sus derechos. No debe perderse de vista tampoco que ello debería venir acompañado de la existencia de centros adecuados a las necesidades de los estos enfermos y por el tiempo necesario, pues en la actualidad, aunque existe la posibilidad de solicitar el internamiento no voluntario a propuesta del médico dando cuenta al juez, esta posibilidad apenas se utiliza, y cuando ello se produce, en ocasiones puede llegar a tropezarse con la carencia de centros adecuados.

Muy probablemente, la innecesaria incapacitación judicial no sea una figura alejada de nuestra tradición jurídica, no debemos olvidar que para el Derecho romano y para el supuesto concreto de la denominada *cura furiosi*, no se requería la intervención o la decisión de la autoridad; al surgir la enfermedad mental, el *furiosus* pasaba a ser incapaz *ipso iure* y como tal, le era nombrado un *curator*, esta función sí que recaía en la autoridad jurisdiccional, de suerte que, a pesar innecesaria de incapacitación judicial, se realiza un control por parte del órgano judicial competente.

Para llevar a cabo este estudio hemos considerado adecuado estructurarlo en un total de tres capítulos, de tal forma que el primero de ellos vendrá destinado al análisis de los mayores incapaces en el Derecho romano; en el segundo de ellos fijaremos nuestro análisis en la regulación que la Recepción del Derecho romano efectúa de la materia que centra el presente estudio; por último el tercer capítulo

lo destinaremos a analizar la regulación que el Derecho civil actual efectúa de la situación de la incapacidad de los mayores de edad, y como han sido más recientemente red denominados las personas con capacidad judicialmente modificada.

De esta forma, el primer capítulo de este estudio aborda como punto de partida precisar el concepto de incapacidad, en el Derecho romano y examinar cuáles son esos supuestos aunque no de un modo generalista, sino desde la perspectiva que ofrece la necesidad o no de declaración en sede judicial de incapacidad que nos permitirá apreciar las formas en las que el ordenamiento jurídico romano reacciona ante dichos supuestos de incapacidad.

De esta forma, examinaremos los diversos supuestos de incapacidad –*a priori*: por razón de edad, sexo, enfermedad mental o física y prodigalidad – y a partir de su determinación si procede o no a iniciar un procedimiento declarativo de tal incapacidad, en este contexto, cobra especial relevancia D. 26. 1. 6. 2, texto controvertido cuyo análisis resultará de gran utilidad a nuestro estudio dado que puede proporcionar respuesta a la cuestión de la declaración de incapacidad en sede judicial.

Tras el análisis de D. 26. 1. 6. 2, por su especial relevancia y porque se trata del efectivo caso de mayores discapacitados, nos detendremos especialmente en analizar las figuras del demente y del pródigo, sin olvidar el caso de los mudos, los sordos o los ciegos.

Igualmente hemos considerado de interés analizar un supuesto especial de pérdida de capacidad como es el *postliminium* que sufren, igualmente, los mayores.

Finalizaremos el presente capítulo con una breve mención a las figuras de la protutela y la procuratela.

En el segundo de los capítulos de este trabajo abordamos el estudio de la Recepción del Derecho romano en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, nos detendremos en el análisis de los ordenamientos jurídicos anteriores a nuestro vigente Código Civil de los que iremos desgranando el tratamiento que estos ordenamientos en distintos apartados efectúan de las cuestiones de interés en nuestro estudio. A este respecto los textos que van a suscitar nuestro interés en este punto de nuestro estudio son los siguientes: el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real de España, Las Partidas (no podemos olvidar el gran interés que nos proporciona la magna obra de Alfonso X), para proseguir con el análisis de dos textos de carácter puramente procesal, cuales son la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y finalizaremos el segundo de los capítulos fijándonos en el contenido que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 efectúa en relación al procedimiento de incapacitación. En la elaboración de este segundo capítulo iremos planteándonos en qué momento de nuestra historia normativa tiene lugar la inflexión que implica la necesidad de un procedimiento previo de declaración de incapacidad que ha llegado hasta nuestro días y que no era propio del Derecho romano.

Por último, finalizaremos nuestro trabajo con un tercer capítulo en el que abordaremos el análisis del Derecho civil actual, haciendo referencia a los antecedentes de nuestro Código Civil actual de 1889, concretamente a los Proyectos de Código Civil de 1821, 1851 y de 1869. A continuación estudiaremos el tratamiento que nuestro vigente Código Civil efectúa de la incapacitación, su

concepto y las distintas figuras asistenciales. Una vez analizado la regulación del Código Civil respecto a la materia objeto de nuestro estudio abordaremos su tratamiento en nuestra legislación procesal contenida en la vigente L.E.C. del año 2000. Por otra parte, otra normativa que suscita nuestro interés lo constituye la reciente publicación de la tan ansiada nueva Ley de Jurisdicción voluntaria, no podíamos ser ajenos a lo que la misma nos ofrece e ignorarla en la elaboración de este estudio y es por lo que hemos dedicado un apartado a ella.

Por último, el tercer capítulo lo finalizaremos con el análisis que algunos de los derechos forales y normas autonómicas efectúan en relación a la materia objeto de nuestro estudio, fijándonos en posibles soluciones intermedias o conatos de ellas a la necesaria incapacidad.

La hipótesis de partida es llegar a comprender e identificar en nuestra historia jurídica el momento en el que se introduce la necesaria incapacidad judicial del mayor necesitado de figura asistencial, dado que esta idea no concuerda con las fuentes de la tradición de la tradición romanística ni tampoco con las últimas opciones del legislador comparado.

Sólo desde el conocimiento de la institución a través de su evolución histórica y empleando el método de la Dogmengeschichte método de investigación utilizado por los romanistas para analizar y verificar la historia de una institución, podemos ser capaces de ofrecer respuestas a problemas jurídicos de nuestro entorno actual y cotidiano.



# **I. LOS MAYORES INCAPACES EN DERECHO ROMANO**

---

*M<sup>a</sup> Carmen Colmenar Mallén*



## **I. 1. EL CONCEPTO DE INCAPACIDAD EN EL DERECHO ROMANO: ALGUNAS CONSIDERACIONES**

Creemos necesario recoger algunas notas que aunque son de carácter general, básico y necesariamente conocido, han de matizarse en cuanto a la delimitación del concepto de incapacidad en el Derecho romano y su proyección más moderna para evitar el riesgo del llamado “presentismo” advertido por GROSSI<sup>1</sup>, es decir, proyectar conceptos actuales a otra época histórica de forma inadecuada o incongruente.

Es fundamental precisar la diferencia entre el significado de capacidad jurídica y capacidad de obrar que, a decir de Fernández de Buján<sup>2</sup>, pertenecen a la dogmática jurídica moderna cuyo fundamento son las fuentes romanas y la tradición romanística pero se formula esencialmente por la pandectística alemana del siglo XIX, de esta forma, la capacidad, en abstracto, inherente a toda persona<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> GROSSI, P., “Un Derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval” en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 9 (1997), pp. 167-178, p. 169.

<sup>2</sup>A decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Privado Romano*, 3ª ed. (Madrid 2010), p. 191.

<sup>3</sup> En este punto precisamos que el trabajo siempre se referirá a las personas naturales o físicas, nunca a otras entidades las que los Ordenamientos jurídicos reconocen capacidad jurídica -personas sociales, colectivas, abstractas, incorporales, ficticias, si bien la más aceptada y reconocida en los textos legales es la de persona jurídica. La elaboración del concepto de la idea de la persona jurídica responde a un lento, gradual y complejo proceso de abstracción y que, a decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho, cit.*, p. 223, no se teoriza, ni se elabora por los juristas romanos una definición de la persona jurídica; los diferentes entes sociales –a los que se reconoce una progresiva capacidad para

para ser sujeto de derechos y obligaciones, se conoce bajo la denominación de capacidad jurídica, y la aptitud o capacidad, en concreto, para realizar actos jurídicos válidos y asumir, en consecuencia, derechos u obligaciones específicas se denomina capacidad de obrar. Cabría pues hablar, en el primero de los supuestos, de poder de titularidad y, en el segundo, de poder de ejercicio, es decir, la capacidad de obrar es la aptitud que tiene una persona para realizar, por sí, actos que produzcan efectos jurídicos<sup>4</sup>; mientras que la capacidad jurídica es la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones. En Roma se observa, a priori, ciertas diferencias que es necesario precisar:

- A diferencia de la actualidad, en Roma no podemos hablar estrictamente de “mayoría de edad” y, por tanto, de un momento temporal en el que la persona adquiere por el simple hecho natural del “cumplir años” un determinado *status* que le proporcione capacidad de obrar<sup>5</sup>. La capacidad

---

desenvolverse en el tráfico jurídico y económico y, por ende, un patrimonio independiente y una personalidad propia, caracterizada por el hecho de que los intereses colectivos no son el resultado de la suma de los intereses individuales de sus miembros-, se les denomina con diversos nombres: *collegia*, *sodalitates*, *universitates*, *societates*, sin que se llegue a utilizar un término técnico que agrupe todas las realidades.

<sup>4</sup> Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R. *Derecho romano*, (Barcelona 2002), pp. 197ss.

<sup>5</sup> Es relevante destacar, a zaga de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho*, cit., p. 217, que la categoría conceptual de la minoría de edad que se con figura en Roma y que llega hasta nuestros días que abarca desde la condición de impúber no infante, *impúber infantia maior*, hasta la edad de 25 años, es la que pasa a convertirse en la práctica, en la edad legal, en la que se produce el inicio del reconocimiento, sin ninguna restricción, de la plena capacidad de obrar de la persona *sui iuris*. En particular, hay que señalar que a partir de Constantino, siglo IV d. C., se introduce la posibilidad de que los varones mayores de 20 años y las mujeres mayores de 18, siempre que acrediten buenas

de obrar plena en Roma depende de ser *sui iuris*, ser varón y ser mayor de 25 años<sup>6</sup>. Es más, se debe tener en consideración el caso de la *praepositio*, es decir, el supuesto de que el *pater familias* encarge o ponga al frente de determinado negocio jurídico a uno de sus *alieni iuris* o a uno de sus esclavos (varón o mujer), se trata de los casos en los que para la concreta actividad para la que ha sido encargado, el *alieni iuris* tendrá capacidad de obrar. En nuestro trabajo, por tanto, cuando se habla de mayores incapaces, se concreta en el caso de personas que ya no están sometidas a patria potestad (en Roma por ser *sui iuris*, varones y mayores de 25 años y en la actualidad por haber alcanzado la mayoría de edad).

- La capacidad jurídica, en la actualidad, se obtiene por el mero hecho del nacimiento –ser persona- mientras que en Roma, en puridad, depende esencialmente de ser *sui iuris*, es decir, no descansa en el hecho de ser persona, sino de obtener un determinado *status familiae*; en concreto, en Derecho romano son sujetos de derecho, es decir, tienen capacidad jurídica, los libres –*liberi*–, los que en familia son independientes –*sui*

---

costumbres, honorabilidad y aptitud para administrar su patrimonio, puedan solicitar un anticipo de la mayoría de edad y, por ende, la exención de la curatela prevista hasta los 25 años. Es lo que se conocía como la *venia aetatis*, dispensa de edad, y que suponía la plena capacidad de obrar –salvo las actuaciones consistentes en enajenar o donar inmuebles y, en la época justiniana, constituir hipotecas, que requiere la autorización del curador- de la persona beneficiada, a título singular, por rescripto de la cancillería imperial. Este beneficio de edad, *venia aetatis*, es el antecedente de la emancipación contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en los arts. 321 y 322 de nuestro Código Civil (en adelante C.C.)

<sup>6</sup> Hacemos notar que nos referiremos a personas que tengan la condición de ciudadanos romanos.

*iuris*- y sólo lo son de modo restrictivo los latinos –*latini*–, así como los sujetos a patria potestad – *alieni iuris*-, mientras que no son sujetos de derecho los esclavos –*servi*- y los extranjeros –*peregrini*-. Para que dicha capacidad jurídica sea plena es necesario, además de haber nacido, ostentar una triple situación –*status*- de privilegio con respecto a la libertad –*libertatis*-, la ciudadanía –*civitatis*- y la familia –*familiae*-, la cual puede cambiar –*capitis deminutio*<sup>7</sup>-. En la actualidad, ser capaz jurídicamente se sustenta en una efectiva abstracción, implica una conciencia potencial, mientras que en Roma, la capacidad jurídica implica una aptitud diversa en función del negocio jurídico a realizar, el realismo romano hace que reciban diferentes denominaciones las diversas actividades que el sujeto

---

<sup>7</sup> Quede claro que PANERO GUTIÉRREZ, R. *Derecho, cit.*, pp. 207ss., pone de relieve que la *capitis deminutio* no debe identificarse, necesariamente, con pérdida o disminución de la capacidad jurídica. Afirma que lo relevante es el cambio que se produce con respecto a una situación precedente, con independencia de las consecuencias jurídicas que comporte. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho, cit.*, p. 192, al estudiar las diferencias entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, precisa que en las fuentes clásicas el término *caput* se refería a un individuo integrado en un grupo o comunidad, y que de ahí vendría la utilización de la expresión *capitis deminutio*, bien para referirse a la salida de una persona del grupo orgánico del que formaba parte, al perder así a uno de sus componentes, como es el supuesto cuando un sujeto pierde la libertad o la ciudadanía, o bien para aludir al cambio de posición jurídica dentro del grupo familiar. y va más allá en su análisis al afirmar que puesto que en la época bizantina las fuentes utilizan la voz *capax* en el sentido de capacidad la *capitis deminutio* no implicaría únicamente un cambio de posición en el grupo en el que el individuo se hallaba integrado sino que se asimilaría a una disminución o aminoración de la capacidad. Parece que se evoluciona desde una simple modificación en la capacidad que podía implicar tanto minoración como recuperación de su integración en el grupo, en el período clásico, hasta que en el período bizantino se asimile exclusivamente a una minoración de capacidad.

puede realizar<sup>8</sup> (siendo relevantes igualmente su condición de ciudadano romano o no), así por ejemplo, a la necesaria capacidad para contraer matrimonio recibe la denominación de *ius connubii*, a la capacidad para intervenir en operaciones comerciales *ius commercii*, etc... Por tanto, entiéndase que los sujetos a los que se alude tanto en Roma como en el caso de ordenamientos jurídicos posteriores son personas no sometidas a *patria potestas* y con capacidad jurídica plena.

Hechas estas matizaciones, entendemos licencia permitida por una cuestión de sencillez y facilidad para la comprensión, utilizar en este trabajo de forma indistinta los giros capacidad jurídica y capacidad de obrar sin referirnos en cada ocasión a su conceptualización romana o actual. Sirvan estas primeras palabras para que quede clara la diferente significación de ambas capacidades en las distintas épocas y la justificación de su trato idéntico.

---

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho*, cit., pp. 198-199, precisa que las limitaciones de la capacidad jurídica se basan en razones o condicionantes de orden político, social o cultural propios de cada una de las comunidades políticas, en definitiva, coyunturales (por ejemplo, la condición de mujer, la religión, la condición social, política o profesional, etc), y por ello mismo han ido desapareciendo prácticamente o han sido cuestionadas en su procedencia u oportunidad en las distintas etapas históricas. Sin embargo, las causas o circunstancias excluyentes, limitadoras o modificativas de la capacidad de obrar, no suponen una limitación de los derechos de la persona en el marco de su capacidad jurídica, pero sí en el ejercicio de las actuaciones que toda persona, por el hecho de serlo, puede realizar en el ámbito de su autonomía. La edad, la enfermedad mental y la prodigalidad, se configuran como causas que limitan la capacidad de obrar de las personas, tienen su fundamento en realidades físicas o psíquicas que condicionan a la persona afectada (como la edad, la enfermedad mental o la prodigalidad) y han continuado vigentes en las legislaciones de las diversas naciones desde Roma hasta la actualidad.

Como se ha visto, en el Derecho romano<sup>9</sup>, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho actual, no toda persona tiene capacidad jurídica, pero lo que sí tienen ambos derechos en común es el hecho de que hay personas que carecen de capacidad de obrar teniendo capacidad jurídica y, en esos casos, se requiere de otra persona que supla esa falta de capacidad de obrar que asista en la realización de determinados actos para que tengan plenos efectos jurídicos.

En general, la falta de capacidad de obrar de determinadas personas, conlleva en el Derecho romano el nombramiento, sin más formalidades, de tutor o curador, según las circunstancias, por parte del Pretor, del Gobernador o del Procónsul. Así pues, a determinadas personas *sui iuris* (esencialmente impúberes, mujeres y menores de 25 años) se les suponía incapaces de obrar y, por tanto, necesitaban el nombramiento de una persona que supliera esta falta de capacidad, que recaía en la figura del tutor o del curador, según las épocas y los casos, sin que fuera necesario ningún procedimiento previo que declarara dicha incapacidad.

---

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho, cit.*, p. 192, afirma que en el Derecho romano de los primeros siglos, sólo tenía plenitud de derechos aquella persona en la que concurrían, al propio tiempo, las condiciones de varón, libre, ciudadano y cabeza de familia, lo que le lleva a afirmar que, en Derecho romano, la palabra persona, en sentido estricto, no equivale a sujeto de derechos, más allá de las personas que se encontrasen en la posición señalada. Esta concepción empezó ya a cuestionarse en la época clásica, lo que se manifestó en una atenuación en sus exigencias y en un reconocimiento de derechos a personas en quienes no concurrían estos requisitos, evolución que llega a sus últimas consecuencias en época justiniana. Con el término *capax* se alude en el lenguaje jurídico romano a la idoneidad de una persona para ser titular de derechos y obligaciones en relaciones concretas, así: en D. 47. 2. 3, *capax doli o culpae*, hacía referencia a la aptitud del sujeto para ser considerado responsable de actos propios realizados con culpa o dolo; en D. 9. 2. 5. 2, *iniuriae capax*, se analiza la capacidad del loco, del infante y del impúber para responder del daño causado, etc.

Por otra parte, existían otros supuestos en los que, si bien se trataba de personas con capacidad jurídica y que, presuntamente, también debieran gozar de capacidad de obrar, sin embargo, habían devenido, por una u otra causa, (enfermedad mental *-furiosi*<sup>10</sup>-, dilapidación de patrimonio *-prodigi-*), en incapaces, y requerían el nombramiento de un curador que se ocupase de gestionar la administración de sus bienes. Ante estos dos supuestos de incapacidad el ordenamiento jurídico romano actúa de forma distinta. Ambas figuras, la del *furiosus* y la del *prodigi*, aunque tienen puntos de partida en común: tienen capacidad de obrar pero devienen incapaces, el ordenamiento jurídico romano propone un régimen diferente para uno y otro supuesto.

En el caso del enfermo mental<sup>11</sup> no se prevé una declaración formal de incapacitación, si bien, a decir de Fernández de Buján, la intervención del

---

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho, cit.*, p. 219. La denominación de *furiosus*, para designar a la persona mentalmente enajenada, parece obedecer a que, en los primeros tiempos, sólo se había previsto la situación de aquellos casos que revestían una especial gravedad o agresividad. No se preveía una declaración formal de incapacitación, y la intervención del magistrado en el nombramiento del curador exigiría una constatación previa de la existencia real de la enfermedad mental.

<sup>11</sup> A decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho, cit.* p. 219, la enajenación mental incapacita, de forma absoluta, a la persona que la padece, tanto en el ámbito civil como en el de la responsabilidad penal. La curatela nombrada para la persona con enfermedad mental alcanza, tanto al ámbito personal como al patrimonial del incapaz, llegando a equipararse en este sentido su posición con la del infante. El enfermo mental, *demens o insanus*, no puede ni contraer matrimonio, ni otorgar testamento, si bien la enajenación sobrevinida, ni disuelve el matrimonio, ni anula el testamento ya otorgado (D. 27. 10. 7pr; Inst. 2. 12. 1). De hecho, en la época postclásica se estableció, con carácter general, la regla de la capacidad de obrar de las personas con enfermedad mental durante sus períodos de lucidez, y al mismo tiempo, se dispuso que, los momentos en los que las personas mentalmente sanas, perdieran circunstancialmente la lucidez, se asimilan, a

magistrado en el nombramiento del curador exigiría, en buena lógica, una constatación previa de la existencia real de la enfermedad mental, las fuentes no verifican esta “revisión” y, por tanto, el nombramiento de curador se presume “automático”.

Sin embargo la condición de pródigo<sup>12</sup> debe ser formalmente declarada por resolución *-decretum-* del magistrado, es más, la eventual cesación de la incapacidad, con la consiguiente recuperación de la capacidad de obrar de la persona que había sido incapacitada, debe formalizarse mediante un nuevo decreto, en este sentido, del Pretor o de la autoridad provincial competente. A la interdicción *-interdictio-* o prohibición de administrar los bienes, que se impone al pródigo, se acompaña el nombramiento de un curador, *curator*, que es elegido, por el magistrado, de entre los más próximos familiares agnados o miembros de la *gens* a la que pertenece la propia persona incapacitada. La capacidad de obrar del pródigo se equipara a la del impúber mayor que el *infans*, en contraposición con la nula capacidad de obrar de los *infans* y de las personas con enfermedad mental.

Similar régimen de protección mediante figura de guarda resultaba aplicable a los sordos, los mudos o los ciegos, por cuanto que se les consideraba incapaces. Aquí es necesario puntualizar que, las enfermedades o deficiencias físicas, sólo constituyen una causa de incapacidad de obrar, en la medida en que impiden el

---

fectos de incapacidad de obrar, a la posición jurídica de las personas que padecen de demencia.

<sup>12</sup> A decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho*, cit. p. 220., el curador del pródigo se encarga de la gestión y administración de los bienes del incapacitado, al que se le permite realizar actos de comercio que mejoren su condición, pero no actos jurídicos que impliquen enajenaciones, gravámenes, ni contraer obligaciones, *interdictio bonorum* (D. 27. 10. 1pr.; D. 27. 10. 10pr.; D. 46. 2. 3).



cumplimiento de los requisitos exigibles para la validez de determinados negocios jurídicos<sup>13</sup>.

En definitiva, el ordenamiento jurídico para los incapaces (personas *sui iuris* pero carentes de capacidad de obrar) contempla la posibilidad de conceder a un tercero la misión y el poder de suplir o completar esa falta de capacidad para actuar en interés económico del incapaz en todas las relaciones jurídicas que lo requieran<sup>14</sup>. Según Cabrera Mercado<sup>15</sup> desde el punto de vista histórico, nuestro Derecho positivo se ha ocupado, de modo exclusivo, de la regulación de la tutela o curatela de incapaces y no, en cambio, de la declaración judicial de incapacidad que debe ser su precedente inmediato, en efecto, manifiesta el autor que “el Derecho romano no requería la intervención o la decisión de la autorización judicial para declarar que una determinada persona era incapaz para regir su persona y sus bienes; al surgir la enfermedad mental, el demente pasaba a ser incapaz *ipso iure*. El nombramiento de tutor o curador se hacía depender del hecho natural de la incapacidad”. En el mismo sentido Volterra<sup>16</sup>, quien resalta y pone de manifiesto la diferencia entre Roma y nuestro sistema actual que requiere la previa declaración de la interdicción de capacidad por parte del magistrado. Todo ello a

---

<sup>13</sup> A modo de ejemplo, un mudo no podía formalizar por sí mismo, un contrato verbal de estipulación, en atención a que únicamente se podía perfeccionar de forma oral. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho*, *cit.*, p. 220.

<sup>14</sup> En el mismo sentido que VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. de J. Daza, (Madrid 1986), p. 136, se pronuncia MARTÍN SANZ, L., *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana*, (Madrid 1998), p. 14.

<sup>15</sup> CABRERA MERCADO, R., “El proceso de incapacitación” en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Dirs. P. González Poveda y J.M. Picón Martín, (Madrid 1999), pp. 209-229, p. 209.

<sup>16</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones*, *cit.*, p. 136.

salvo de los supuestos de prodigalidad para los que parece que sí era necesario que se produjera esa declaración de incapacidad.

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

Sentadas estas bases, es necesario realizar un análisis de los textos que avalan la innecesiedad de la declaración de incapacidad por parte de la autoridad competente así como de aquellos relativos a cada una de las distintas situaciones de falta de capacidad de obrar y la forma del nombramiento de la correspondiente institución de guarda y si precede a dicho nombramiento o no la controvertida declaración de incapacidad.

## **I. 2. LA INNECESARIA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD**

En este punto es relevante el análisis de D. 26. 1. 6. 2, ubicado dentro del Título I, del Libro 26, *Sobre las tutelas*. De hecho, vayamos al texto:

*(Ulpianus 38 ad sab.) - Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatus consultum vel princeps.*

Ulpiano en este texto pone de manifiesto que el nombramiento de tutor deberá efectuarse por aquél a quien la Ley, el Senadoconsulto o el Príncipe designa, sin llamar directa o generalmente a jueces o a magistrados. Así pues, parece que el nombramiento de tutor no se hallaría sujeto a ningún procedimiento judicial, sino

que tendría lugar de forma directa por aquel que ha recibido dicha facultad por parte de la norma jurídica o del Príncipe.

Parece además que el texto excluye a los pretores como encargados del nombramiento del tutor al decir que dicho nombramiento no corresponde ni al imperio ni a la jurisdicción -*Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis* [...]-. A fin de clarificar esta cuestión, es necesario examinar la distinción entre *iurisdictio* y *iudicatio*; Betancourt<sup>17</sup> señala que la *iurisdictio* (*ius dicere*) es la suma de las declaraciones de la *potestas* del magistrado para la buena marcha de un litigio, esto explica que todas las declaraciones públicas del magistrado sean de

---

<sup>17</sup> BETANCOURT, F., *Derecho romano Clásico*, (Sevilla 2001), p. 142. Quede claro que la distinción ha sido estudiada igualmente por otros autores, entre ellos, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho, cit.*, p. 77, en la etapa republicana corresponde a las *legis actiones* la *iurisdictio*, que es la primera función propia de determinados magistrados romanos y consiste en determinar la norma jurídica aplicable al caso concreto, o, en su caso, la ausencia de norma jurídica al respecto, lo que desembocaría en la reparación de la *actio*, y, por tanto, del cauce procesal para conocer de una determinada pretensión. Precisa este autor que, en la monarquía la *iurisdictio* corresponderá al rey y, en la práctica, a los magistrados en quiénes éste delegue su competencia. En este ejercicio sus titulares actuarán con asesoramiento de juristas-sacerdotes expertos en materia jurídica. Mientras que en la etapa de la República la *iurisdictio* habría formado parte del poder global, *imperium*, que se atribuía a los magistrados supremos ordinarios, cónsules, o extraordinarios. Según señala este autor, la atribución específica de la competencia en materia de *iurisdictio* a los pretores urbanos se establece en el año 367 a.C. y a los pretores peregrinos en el 241 a.C., y reconoce que supone un gran avance en el lento proceso de la conformación de la potestad jurisdiccional. Mientras que, la *iudicatio* sería, en la primera etapa de bipartición del proceso la función propia del juez unipersonal o del órgano colegiado, competente para valorar la prueba de los hechos alegados por las partes y decidir la solución del conflicto mediante la aplicación de la disposición legal predeterminada por el magistrado. El procedimiento de las acciones de la ley y el procedimiento formulario se caracterizaban por la división del proceso en dos fases.

*dicere: ius dicere, addicere, edicere, interdicere, etc.*, y por lo tanto, podemos definir la *iurisdictio* (jurisdicción) como la función de la *potestas* que consiste en la decisión de conflictos jurídicos concretos en relación con la buena marcha de los litigios. Continúa Betancourt afirmando que, por el contrario, *dicare* significa también hablar solemnemente pero privado y por ello en el ámbito del Derecho se refiere a las declaraciones solemnes privadas del juez *-iudex-* de efectos personales propios de la *auctoritas*. De ahí que la palabra *iudicare* –de *ius dicare*– así como *iudicatio* se empleen para designar la sentencia de un juez privado que declara el *ius* en un caso determinado. Por tanto, podemos definir la *iudicatio* (*ius dicare*) o juicio como la sentencia del juez privado que declara el derecho de alguien contra alguien, o también como la función de autoridad encomendada a los jueces o a los árbitros, que consiste en la decisión sobre conflictos jurídicos concretos, especialmente mediante sentencias. Por tanto, *iurisdictio* y *iudicatio* son actividades análogas pero con diversos puntos de partida, porque el magistrado declara como titular de *potestas* y el juez, aunque supeditado a los límites establecidos por el Pretor, declara su opinión como revelador de un saber prudencial concreto, como *auctoritas*<sup>18</sup>. De esta forma, *auctoritas* (momento cognoscitivo de la justicia) y *potestas*<sup>19</sup> (voluntad dispositiva) se combinan así en lo más íntimo de la vida jurídica: en el proceso.

---

<sup>18</sup> BETANCOURT, F., *Derecho romano, cit.*, p. 140.

<sup>19</sup> D. 1. 1. 10pr (*Ulpianus 1 reg.*)- *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. En este texto el jurista Ulpiano tiene en cuenta tanto el momento cognoscitivo (*auctoritas*) de la justicia como la voluntad dispositiva (*potestas*) de la justicia, entendiendo la *iustitia* como el hábito de dar a cada uno su derecho, en este sentido, BETANCOURT, F., *Derecho romano, cit.*, p. 141.

Así pues, la *auctoritas* y la *potestas* si bien se interrelacionan en el ámbito jurídico, y más concretamente en el procedimiento civil romano, su intervención se produce en dos momentos distintos y esenciales de todo procedimiento, ya que en primer lugar deberá obtenerse un conocimiento de la verdad jurídica y que es objeto propio de la jurisprudencia, y posteriormente entraría en funcionamiento la disposición de la potestad política que es la administración de justicia, que consistirá en dar a cada uno su derecho.

En definitiva, la *iudicatio* corresponde a los jueces ante los que se desarrollaba la segunda parte del proceso.

Esta concepción del proceso judicial en Derecho romano ofrece una especial similitud con la forma de gestionar el litigio previsto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (aunque no sean objeto de este estudio y siempre salvando las distancias) que expresamente contempla dos fases diferenciadas en el proceso, una de ellas encaminada a obtener la información necesaria para instruir el proceso (cuya tarea está actualmente encomendada, cuando la comisión de un hecho delictivo es atribuible a una persona mayor de edad<sup>20</sup> a los Juzgados de

---

<sup>20</sup> Vid. Art. 14. 1 y 2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha sido objeto de recientes modificaciones, siendo la más reciente la realizada por la Disposición final segunda de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. de 31 marzo), vigente desde el 1 de julio de 2015. Según lo establecido en dichos preceptos: “1. Para el conocimiento y fallo de los juicios por delito leve, el Juez de Instrucción, salvo que la competencia corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer de conformidad con el número 5 de este artículo; 2. Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine,...””.

Instrucción, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en determinados supuestos específicos, o a los Juzgados Centrales de Instrucción; mientras que cuando el presunto autor de los hechos sea mayor de 14 años y no haya alcanzado la mayoría de edad, es decir, los 18 años dicha tarea vendrá encomendada primordialmente a las Fiscalías de Menores<sup>21</sup>) y otra de ellas encaminada a la resolución del conflicto (cuya tramitación se sustancia cuando el presunto responsable de los hechos sea mayor de edad, primordialmente, ante los Juzgados

---

<sup>21</sup> Vid. Arts. 6 y 16 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de conformidad con los cuales *“corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento”*(art. 6), al tiempo que respecto a la incoación del expediente el art. 16 del mismo cuerpo legal establece que *“1. Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley. 2. Quienes tuvieren noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma. 3. Una vez efectuadas las actuaciones indicadas en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes.*

de lo Penal o de las Audiencias Provinciales, según los casos<sup>22</sup>, cuando el presunto autor sea menor de edad los Juzgados de Menores<sup>23</sup>) con el dictado de la

---

<sup>22</sup> Vid. Art. 14. 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Debemos advertir que el apartado 3 ha sido objeto de muy reciente modificación, concretamente la efectuada en el apartado uno del artículo único de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. (B.O.E. nº 239, de 6 octubre de 2015) y su entrada en vigor está prevista para el 6 de diciembre de 2015, y se establece que “*Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801, así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto*” (art. 14. 3).

<sup>23</sup> Vid. Art. 2 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, según el cual: “*Artículo 2. Competencia de los Jueces de Menores. 1. Los Jueces de Menores serán competentes para conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el artículo 1 de esta Ley, así como para hacer ejecutar las sentencias, sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley a las Comunidades Autónomas respecto a la protección y reforma de menores*” (según redacción dada por el apartado dos del artículo único de la L.O. 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (B.O.E. 5 diciembre), en vigor desde el 5 febrero 2007). Por otra parte, “*2. Los Jueces de Menores serán asimismo competentes para resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente Ley. 3. La competencia corresponde al Juez de Menores del*

correspondiente resolución judicial, generalmente una sentencia, que pone fin al proceso.

Ahora bien, también existían ciertos asuntos litigiosos que se sustanciaban de forma diferente al procedimiento ordinario y lo hacían mediante la denominada *cognitio extra ordinem*<sup>24</sup>, propio de la época postclásica, en el que se produce la desaparición de la tradicional bipartición del proceso en dos etapas: *in iure* y *apud iudicem*. Este procedimiento implica que toda la tramitación del pleito hasta que se dicta la sentencia y, en su caso, se ejecuta, se sustancia ante un magistrado, representante del Estado.

Este procedimiento de *cognitio* extraordinaria se aplicaba en tiempos de Augusto, entre otros procedimientos a los supuestos específicos de las tutelas (objeto de estudio en nuestro trabajo), fideicomisos, causas liberales, alimentos entre

---

*lugar donde se haya cometido el hecho delictivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20.3 de esta Ley. 4. La competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional. Corresponderá igualmente al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional la competencia para conocer de los delitos cometidos por menores en el extranjero cuando conforme al art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y a los Tratados Internacionales corresponda su conocimiento a la jurisdicción española. La referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 17 y cuantas otras se contienen en la presente Ley al Juez de Menores se entenderán hechas al Juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores” (según redacción dada por la disposición adicional segunda de la L.O. 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («B.O.E.» 28 diciembre), vigente desde el 29 diciembre 2012).*

<sup>24</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho*, cit., pp. 78-79.



parientes, etc. Por lo tanto de ello se desprende que las cuestiones que suponen el núcleo central de nuestro estudio van a decidir el nombramiento de figura de guarda mediante la *cognitio extra ordinem*. Debe observarse aquí que dicho procedimiento viene referido al nombramiento de tutor o curador, es decir, puramente al nombramiento de la figura de guarda y no se realiza ninguna mención a procedimiento mediante el que se proceda a declarar la incapacidad de alguien, sino que directamente se procede al nombramiento de la figura asistencial. Al tratarse de un procedimiento especial distinto al ordinario, no puede dejar de hacernos pensar en la similitudes con el actual procedimiento de jurisdicción voluntaria vigente en nuestro ordenamiento jurídico (que será objeto de análisis más detallado a lo largo del presente trabajo, especialmente en la última parte de mismo), y del que avanzamos que divergirá, entre otros aspectos, en la innecesaria declaración judicial de incapacidad con carácter previo al nombramiento de una figura asistencial y que en nuestro ordenamiento es requisito imprescindible.

Sin embargo, lo expuesto no acaba de ofrecer luz sobre el hecho de que el nombramiento de tutor sea impropio del imperio y de la jurisdicción. Para comprender esos presupuestos vayamos a la sistematización de Lenel<sup>25</sup> en la Palingenesia quien ubica a D. 26. 1.6. 2 justo detrás de D. 1. 5. 20<sup>26</sup> y D. 1. 14. 3<sup>27</sup> y justo antes de D. 26. 1. 15<sup>28</sup> y D. 26. 2. 12<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, (Lipsiae 1889), p. 73.

<sup>26</sup> D. 1. 5. 20 (*Ulpianus 38 ad Sab.*).- *Qui furere coepit, et statum et dignitatem in qua fuit et magistratum et potestatem videtur retinere, sicut rei suae dominium retinet*

<sup>27</sup> D. 1. 14. 3 (*Ulpianus 38 ad Sab.*).- *Barbarius Philippus cum servus fugitivus esset, Romae praeturam petiit et praetor designatus est. Sed nihil ei servitutem obstetisse ait*

En D. 1. 14. 3 el jurista Ulpiano plantea el supuesto de un esclavo fugitivo (Barbario Filippo) quien, ocultando su situación, fue nombrado Pretor de Roma, se pregunta el jurista si los actos realizados por Barbario Filippo en el ejercicio de dicho cargo (edictos, decretos, resoluciones que dictara en los litigios que se sometieren ante él,...) deberán ser anulados o no; para Pomponio la esclavitud no supuso ningún impedimento, ya que le permitió ejercer la Pretura, de forma que en su opinión, que sigue Ulpiano, ninguna de las disposiciones que hubiere dictado se anularán, invocando para ello el principio de equidad y argumentando que el pueblo romano pudo otorgar a un esclavo esta potestad y que si hubiera sabido que era esclavo lo hubiera convertido en libre. En D.1. 5. 20, el jurista Ulpiano afirma que quien comienza a enloquecer conserva el estado y la dignidad en la que estuvo, así como la magistratura y la potestad y el dominio de sus bienes. De este texto parece desprenderse que la locura no implica que se produzca un supuesto de *capitis deminutio*, es decir, sigue conservando su *status* y, por tanto, su capacidad jurídica, así como tampoco menciona que se deba

---

*Pomponius, quasi Praetor non fuerit: atquin verum est praetura eum functum. Et tamen videamus: si servus quamdiu latuit, dignitate praetoria functus sit, quid dicemus? Quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? An fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio iure? Et verum puto nihil eorum reprobari: hoc enim humanius est: cum etiam potuit populus romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. quod ius multo magis in imperatore observandum est.*

<sup>28</sup> D. 26. 1. 15 (Ulpianus 38 ad Sab.).- *Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus, aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit, quia servus non efficitur, tutor manet, sed interim a praesidibus alius tutor dabitur*

<sup>29</sup> D. 26. 2. 12 (Ulpianus 38 ad Sab.).- *Ceterarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus.*

proceder a su declaración de incapacidad, independientemente del hecho de la necesidad del nombramiento de una figura de guarda.

Los textos que Lenel ubica a continuación de D. 26. 1. 6. 2, son D. 26. 1. 15 referido al supuesto de la figura del *postlimium*, cuyo estudio abordaremos más adelante- y 26. 2. 12. En D. 26. 1. 15 el jurista Ulpiano afirma que en los supuestos en los que un tutor estuviere en territorio enemigo, bien sea por haber sido enviado como legado o incluso si hubiere sido acogido por ellos, en la medida en que no se convierte esclavo, sigue conservando su condición de tutor, pero eso sí, mientras dure esta situación la autoridad pública correspondiente procederá al nombramiento de otro tutor. En D. 26. 2. 12 se desprende que el nombramiento de tutor por testamento debe venir referido a la totalidad de los bienes y asuntos del sometido a tutela, sin que pueda exceptuarse de la tutela ciertos bienes o causas.

Parece que la sistemación en el edicto de D. 26. 1. 6. 2 tampoco clarifica el verdadero sentido de que el nombramiento del tutor no depende ni del imperio ni de la jurisdicción, por tanto, recurramos a las opiniones doctrinales.

Nos parece más apropiada la interpretación de Guzmán para quien la ubicación de este pasaje se justifica en razón del texto que lo precede, D. 26. 1. 6. 1<sup>30</sup> (*Ulpianus*

---

<sup>30</sup> D. 26. 1. 6. 1 (*Ulpianus 38 ad Sab.*).- *Sub condicione a praesidibus provinciarum non posse dari tutorem placet et, si datus sit, nullius esse momenti dationem: et ita pomponius ait: hanc autem adiectionem, quam praesides provinciarum faciunt " tutorem do, si satisdederit" non condicionem in se habere, sed admonitionem, non aliter ei tutelam committi, quam si satisdederit, hoc est non aliter ei gerere permittendum, quam si rem salvam fore caverit.*

38 ad Sab.) en el que se niega que los *praesides provinciarum*<sup>31</sup> pudieran dar tutor *sub conditione*, bajo sanción de nulidad -*Sub conditione a praesidibus provinciarum non pose dari tutorem placet et, si datus sit, nullius esse momenti dationem[...]*-; la razón se encuentra en el pasaje siguiente -D. 26. 1. 6. 2- donde se explicita que al no ser la *datio tutoris* un acto que el magistrado realizara autónomamente en virtud de su imperio o de su jurisdicción, sino que se realizaba en virtud de la delegación hecha por una norma pública, parece claro no quedaba facultado para insertar condiciones en la designación de tutor; la amplitud de movimientos que el imperio o la jurisdicción le permitían en sus actuaciones hacía posible que introdujera en ellas este tipo de modalidades; pero si era una norma pública la que reglamentaba sus actos -en este caso la *datio tutoris*-, su capacidad de actuación no dependía de él dado que la propia norma fijaba sus límites sin prever la hipótesis de inserción de modalidades, éstas tenían que quedar fuera de su competencia. En otras palabras, D. 26. 1. 6. 2 se configura como la explicativa de D. 26. 1. 6. 1.

En particular, Guzmán<sup>32</sup>, quien realiza un detallado análisis de D. 26. 1. 6. 2, señala que el texto plantea cinco problemas principales: su autenticidad, el significado de la doctrina que contiene, los motivos para su ubicación ahí donde

---

<sup>31</sup> SOHM, R. *The Institutes of Roman Law*, (Oxford, 1907), p.220, define a los *praesides provinciarum* como aquellos a quienes se encargaba la jurisdicción en las provincias. Según SOLAZZI, S. “Studi sulla tutela 3”, en *Scritti di Diritto romano*, T. 3., (Napoli, 1960), pp. 123ss, las menciones al *praesides* son interpolaciones sustitutivas de otras relativas al cónsul, lo cual no obsta a la exégesis que nos ocupa.

<sup>32</sup> GUZMÁN, A., *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, (Pamplona 1976), Universidad de Navarra, pp. 27ss.

figura, su congruencia con otros textos en aparente contradicción y la época de aparición del principio que expone.

Sostiene Guzmán que algunos autores, entre ellos Leifer<sup>33</sup>, han cuestionado la autenticidad de D. 26. 1. 6 y consideran que nuestro texto habría formado parte de uno más amplio y que debía haber sido reducido por los compiladores. Pero Guzmán<sup>34</sup>, no considera a esta crítica interpolacionista como definitiva.

Para Guzmán la expresión *vel lex vel senatus consultum vel princeps* es asimétrica, ya que, en los dos primeros casos se indica la norma (*lex, senatus consultum*) y no el órgano que la genera, mientras que, en el tercero, se señala a éste (*princeps*) y no a aquella: se echa de menos un *vel constitutio principis*. La expresión *vel princeps*, por tanto, no expresaba con la debida precisión a todos aquellos los que le pudiera haber sido atribuida la función de nombrar tutores, y que evidentemente ya existían en la época de Ulpiano, por lo que entiende que éste no pudo haber obviado dicha realidad si bien es cierto que debió haberlo tenido en cuenta al redactar D. 26. 1. 6. 2.

Esta crítica interpolacionista sí que ofrece a Guzmán la clave para interpretar el sentido de que no corresponde al imperio ni a la jurisdicción el nombramiento de tutor, afirma el autor<sup>35</sup> que el hecho de que la *tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis*, significa que aun cuando un magistrado estuviera dotado de

---

<sup>33</sup> LEIFER, E. *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, (München 1914), p. 111 ss.

<sup>34</sup> Por ejemplo, considera que es fruto de la evolución incluir al Príncipe como fuente del ordenamiento jurídico y así, se interpola a expresión *vel princeps*, tal y como considera SOLAZZI, S., *Scritti 3, cit.*, p. 114, n. 40, 182, n. 55.

<sup>35</sup> De la misma opinión es PANERO ORIA, P., “La datio tutoris en la Lex Irnitana cap. 29”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 81 (2011) 973-996, p. 994.

imperio o de jurisdicción, no podía, sin embargo, proceder a la *datio tutoris* si una norma de las ahí indicadas –la ley o el senadoconsulto- o el Príncipe no le habían autorizado para ello, o, lo que es igual, que ni el imperio ni la jurisdicción bastaban para fundar el acto de dar tutor.

En este sentido muy acertadamente afirma Panero Oria<sup>36</sup> que en todos los textos de la Compilación justiniana parece claro que los magistrados municipales no gozaban de *imperium*, por lo que, teóricamente, no podrían dictar aquellas providencias encomendadas, en Roma al pretor y en provincias al gobernador romano. La autora continúa afirmando, a zaga de Torrent<sup>37</sup>, que debe tenerse en cuenta, por d.lo menos en la Ley Irnitana, la idea de que los magistrados locales gozaban de cierto *imperium*, si bien muy limitado, como lo constituye en hecho que los *duoviri* pudieran *dare iudicium*, incluyéndose en dicha jurisdicción la *datio tutoris*, como asimismo su competencia en materia interdictal.

Como Guzmán, estimamos que sólo esto nos basta, porque no tenemos necesidad de entrar a discutir el problema de si, partiendo de este texto, puede extraerse una teoría más amplia de actos *neque imperii neque iurisdictionis*, o de si puede negarse a la *datio tutoris* carácter jurisdiccional<sup>38</sup>. Lo que sí que está claro es que,

---

<sup>36</sup> PANERO ORIA, P., *La datio tutoris, cit.*, p. 994.

<sup>37</sup> TORRENT, A., “Lex Irnitana: cognitio de los magistrados locales en interdictos, y limitación a su competencia por cuantía” en [www.teoriadeldirittoprivado](http://www.teoriadeldirittoprivado), 1 (2005), pp. 1-44, 5=AFDUCD, 12 (2008), pp. 987-1006, pp. 9-10.

<sup>38</sup> En torno a la interpretación de D. 26. 1. 6. 2, así como así como para el problema de los actos *neque imperii neque iurisdictionis* mencionamos varias obras a tener en cuenta: *vid*, WLASSAK, M., *Kritische Studien Zur Theorie Der Rechtsquellen Im Zeitalter Der Klassischen Juriste*, (Leipzig, Meiner 1884), p. 27; KARLOWA, *RRG*. II, 1901, p. 1188; LEIFER, F., *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, (München 1914), pp. 91 ss.; SOLAZZI, S., “Iurisdiction contentiosa” e “iurisdiction voluntaria” Nelle fonti

como señala el autor, el texto nos ofrece la posible razón que pudo tener Ulpiano para escribir este texto allí donde figura, siguiendo a Leifer<sup>39</sup>, muy probablemente el pasaje que estamos estudiando formaba parte de uno más amplio, reducido por los compiladores, en donde se establecía la distinción entre *imperium*, perteneciente a los magistrados de la *urbs*, y *iurisdictio*, atribuida a los magistrados municipales; siendo tanto uno como otra delegables, no lo era, sin embargo, la *datio tutoris*, que no pertenecía ni al primero ni a la segunda, y sólo pasaba a serlo cuando una norma pública así lo autorizaba expresamente.

En la misma línea, Panero Oria<sup>40</sup> en su análisis de D. 26. 1. 6. 2, reconoce el carácter jurisdiccional del *ius tutoris dandi*, es decir, la facultad para nombrar tutor al tiempo que afirma que dicho pasaje establece que para conocer la capacidad para nombrar tutor será necesario que le haya sido concedido por una determinada forma, de tal forma (*vel lex vel senatusconsultum, vel Princeps*) que a pesar que un magistrado estuviere revestido de *imperium o iurisdictio*, no será por sí mismo suficiente para que pueda nombrar tutor, si no le ha sido concedido por una ley, por un senado consulto o personalmente por el príncipe. La autora concluye que D. 26. 1. 6. 2 confirma que los magistrados locales gozaban del *ius*

---

romane, en *Scritti di diritto romano III*, (Napoli 1960) pp. 163-197, p. 182 ss.; LAURIA, M. *Iurisdictio, Studi in memoria di P. Bonfante II*, (Milán 1930) p. 481 ss.; JOBBE-DUVAL, E., *Les "decreta" des magistrats parvus de la jurisdiction "inter privatos"*, en "Studi Bonfante" 3, (Milano 1930) p. 165 ss; DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano* (Padova 1937), p. 267 ss; GIOFFREDI, C., *Contributo allo studio del proceso civile romano* (Milano 1947), p. 33 ss; PUGLIESE, G., *Il proceso civile romano 2.1* (Milano 1963), p. 124 ss; WATSON, A., *The Law of persons in the later Roman Republic*, (Oxford 1967, reimpresión de 1984), pp. 111 ss.

<sup>39</sup> LEIFER, F., *Einheit, cit.,*, pp. 111ss.

<sup>40</sup> PANERO ORIA, P., *La datio tutoris, cit.,*, pp. 994-995.

*tutoris dandi*, bien sea como una función jurisdiccional o parajurisdiccional, o bien sea a través de una norma dada<sup>41</sup>.

Si algo debe quedarnos claro de este pasaje y de todo lo que hemos expuesto hasta ahora es que la intervención de la potestad jurisdiccional a la que venimos haciendo referencia se refiere únicamente al nombramiento de tutor, en ningún momento ni la fuente ni el análisis doctrinal ofrecen argumentos que indiquen el la autoridad jurisdiccional intervenga para declarar la incapacidad de una persona o sobre la existencia de un procedimiento para declarar la incapacidad.

Guzmán pone de relieve que la doctrina<sup>42</sup> ha pretendido ver cierta contradicción entre el principio establecido en D. 26. 1. 6. 2 de la *datio tutoris neque imperii est*

---

<sup>41</sup> De conformidad con lo que establece D. 26. 5. 1pr (*Ulpianus 39 ad Sab.*):- *Sive proconsul sive praeses sive etiam praefectus aegypti sive proconsulatum optineat provinciae vel temporis causa praeside defuncto vel quia ipsi provincia regenda commissa est, tutorem dare poterit*, la legitimación para el nombramiento de tutor recaerá el procónsul, el gobernador, el perfecto de Egipto o el procurador que desempeña el gobierno de una provincia o el legado del procónsul. Si bien en este texto a los gobernadores también les impone ciertas limitaciones D. 26. 5. 1. 2. (*Ulpianus 39 ad Sab.*):- *Quod autem permittitur tutorem dare provinciae praesidi, eis tantum permittitur, qui cui sunt eiusdem provinciae vel ibidem domicilium habent*, por lo tanto se entiende que realizaren nombramiento de tutor para quien esté domiciliado en una provincia distinta para la que fueron designados el nombramiento será válido. En otro ámbito territorial, cuál es el municipio, serán los magistrados municipales quienes podrán encargarse de nombrar tutores D. 26. 5. 3 (*Ulpianus 36 ad Sab.*):- *Ius dandi tutores datum est omnibus magistratibus municipalibus eoque iure utimur, sed illum, qui ab eodem municipio vel agro eiusdem municipii est*; según este texto, al igual que ocurría en el caso de los gobernadores provinciales para con las provincias, los magistrados municipales sólo tendrán derecho a nombrar tutores a aquellas personas del mismo municipio o bien del territorio de éste.

<sup>42</sup> LEIFER, F., *Einheit*, cit., p. 91 ss.; DE MARTINO, F., *Giurisdizione*, cit. p. 268 ss; SOLAZZI, S., *Scritti*, cit., 3, p. 183 n. 59 (moderado); LAURIA, M., en *St. Bonfante 2*, cit.,



*neque iurisdictionis*, y algunos textos en los que el nombramiento de tutor figura como competencia incluida en la jurisdicción, en particular, los textos que presuntamente contradicen en el indicado principio de D. 26. 1. 6. 2, son los siguientes<sup>43</sup>: D. 3. 1. 3pr.<sup>44</sup>; D. 46. 7. 3. 5<sup>45</sup>; D. 26. 7. 36<sup>46</sup>; FV 247<sup>47</sup>; C.I.L. V. 1874<sup>48</sup>; y D. 2. 1. 1 que desvinculamos del conjunto.

---

p. 486; WATSON, A., *The Law of persons, cit.*, pp. 111ss; PUGLIESE, G., *Processo cit.*, pp. 124ss.

<sup>43</sup> Añade GUZMÁN, A., *Dos estudios, cit.* p. 30, a C. 1. 39. 1 y 1. 50. 2, de los cuales no se ocupa, por contener normas tardías.

<sup>44</sup> D. 3. 1. 3pr (*Ulpianus 6 ad edictum*).- *Cui eorum a parente, aut de maioris partis tutorum sententia, aut ab eo cuius de ea re iurisdictionis fuit ea tutela curatiove data erit.* En este sentido DE MARTINO, F., *Giurisdizione cit.*, en párr. 7 n.7, p. 270 ss., donde considera interpolada la frase *ab eo cuius de ea re iurisdictionis fuit*, la cual habría sido sustituido a un original *aut a me* (referida al Pretor urbano). Bien pudo ser así, pero también pudo tratarse de una modificación clásica a la primitiva redacción del Edicto, en atención a los sucesivos magistrados que, fuera del Pretor, tuvieron intervención en materia tutelar; la expresión *cuius de ea re iurisdictionis fuit* pretendería incluir a cualquiera de ellos que interviniese en esta materia, y una redacción así era, por lo demás usual en los edictos, al punto que Ulpiano, en D. 42. 1. 15pr., propone reemplazarla por *ea re notio*, para hacer más amplia su comprensión.

<sup>45</sup> D. 46. 7. 3. 5 (*Ulpianus libro 77 ad edictum*).- *Sed et si quidem tutor sit, non tamen quasi tutor negotia administret (vel dum ignorat vel alia ex causa), dicendum erit non committi stipulationem: nam edicto praetoris illi tutori agendi facultas datur, cui a parente maioreve parte tutorum eorumve, cuius ea iurisdictionis fuit, tutela permissa erit.*

<sup>46</sup> D. 26. 7. 36 (*Papinianus libro tertio quaestionibus*).- *Inter tutores divisa tutela est: aequitas, quae merum ius compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur: nam divisio tutelae, quae non iuris, sed iurisdictionis est, modum administrationi facit et inter ipsos locum habet nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.*

<sup>47</sup> FV 247.- *Paulus, libro I edictiones secundae de iurisdictione tutelarum. qui tres pluresue liberos habent supérstites, excusari solent idque compluribus constitutionibus cauetur tam diuorum Marci et Luci, quibus Pontium Marcellum trium liberorum patrem*

Del estudio sobre los textos la antinomia se resuelve a favor tanto del contenido como de la forma del principio contenido en D. 26. 1. 6. 2; así, señala Guzmán, que ninguno de los textos menciona la *datio tutoris*, y, además, no hay que pensar *a priori* que, cuando los pasajes que aparentemente difieren de D. 26. 1. 6. 2, al hablar de *iurisdictio* en relación con la tutela se refieran a la *datio tutoris* y no a

---

*liberauerunt litteris ad eum emissis, quam dominorum nostrorum. Sed hic numerus in Italia ciues Romanos liberat, nunc ex contitutione principum nostrorum nec in Italia, sed Romae tantum exemplo municipalium munerum; nam Clodio Herodiano ita scripserunt: "Sicut in Italia ciues Romani consistentes numero quattuor liberorum incolumium a ciuilibus numeribus excusantur, ita [qui ad tutelam uel curam uocantur, Romae quidem trium liberorum incolumium numero, quorum etiam status non ambigitur, in Italia uero quattuor, in prouinciis autem quinque, habent excusationem".* MONTEMAYOR ACEVES, M. E., trad., introducción, notación e índ., *Fragments Vaticanos. Latín-español*, en la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1075>. Visionado en marzo de 2015.

<sup>48</sup> C.I.L. V.1874: *PRAETOR [I]. CUI PRIMO IURISDICTIO PUPILLARIS A SANTTISIMIS IMP (ERATORIBUS) MANDATA EST[...]*. GUZMÁN, A., *Dos estudios, cit.*, p. 31, al comentar este texto en relación con FV 247, asevera que ambos hablan de *iurisdictio tutelaris* y de *iurisdictio pupillaris*, y con tales expresiones aluden a la actividad del *praetor tutelarius*; es imaginable que dicho magistrado no sólo para cumplir la función de designar tutores hubo de ser establecido, y cabe pensar que su competencia se extendía a otras materias, entre las cuales las había de carácter jurisdiccional; por lo menos le competía el conocimiento de la excusas alegadas por los tutores que él había designado (*vid.* D. 27. 1. 13pr., y 2; D. 49. 4. 1. 1 también invocados por GUZMÁN, A., *Dos estudios, cit.*, p. 33), las cuales eran tramitadas de acuerdo con un procedimiento contencioso (FV. 156; D. 27. 1. 39; D. 49. 1. 20; D. 50. 5. 1. 1; C. 5. 62. 14. 1, mencionados por GUZMÁN, A., *Dos estudios, cit.*, p. 33) y, por tanto, jurisdiccional. No debe extrañar que la actividad de este pretor venga calificada así ni tampoco que, en razón de la materia, aparezca ésta especificada como *tutelaris* o *pupillaris* (a este respecto GUZMÁN, A., *Dos estudios, cit.*, p. 33, señala que en las fuentes existen otros ejemplos de especificación de la *iurisdictio*: D. 4. 5. 7. 2; D. 39. 2. 13. 3 (*iurisdictio praetoria*); D. 12. 3. 8pr. (*causa tutelaris*); D. 50. 1. 29 (*municipalis*); por otro lado, nada en estos textos nos obliga a pensar que la referencia a la jurisdicción que en ellos figura sea una referencia a la *datio tutoris*).

otro tipo de actos o relaciones de carácter jurisdiccional. En concreto, Guzmán<sup>49</sup> asevera que ni D. 3. 1. 3pr ni D. 46. 7. 3. 5, no sólo no mencionan la *datio tutoris*, sino que su contenido ni siquiera se conecta con ella. Lo mismo ocurre con D. 26. 7. 36<sup>50</sup>, donde no sólo no menciona la *datio tutoris*, sino que no se vincula en nada con ella; este texto atribuye a la jurisdicción el acto de dividir la tutela entre varios cotutores, y dicha división –que suponía tutores previamente designados- era practicada por el magistrado a través del edicto *de administratione tutorum*<sup>51</sup>.

El texto que sí puede llegar a plantear mayores problemas es D. 2. 1. 1, vayamos al texto:

D. 2. 1. 1 (*Ulpianus 1 Reg.*)- *Ius dicentis officium latissimum est: nam et bonorum possessionem dare potest et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, iudices litigantibus dare.*

En el texto, ubicado en el título 1 del libro 2 del Digesto dedicado a la jurisdicción, Ulpiano destaca la amplitud de las funciones del *ius dicentis*, que abarcan desde la posibilidad de dar la posesión de los bienes, poner en posesión, o incluso nombrar tutores a los pupilos que no los tuvieran, así como dar jueces a los litigantes. Debido al amplio abanico de funciones que este texto contempla es por lo que plantea mayor controversia su comparación con D. 26. 1. 6. 2. Guzmán<sup>52</sup>, resalta que, según D. 2. 1. 1 el nombramiento de tutor era una de las facultades del amplísimo *officium ius dicentis*, y, ello, en principio, se opondría a

---

<sup>49</sup> GUZMÁN, A., *Dos estudios, cit.*, p. 32.

<sup>50</sup> GUZMÁN, A., *Dos estudios, cit.* p. 33.

<sup>51</sup> D. 26. 7. 3. 9; C. 5. 52. 2. 1; *vid.*, VOCI, *La responsabilità dei constotori e degli amministratori cittadini*, en *IURA* 21 (Milán 1970) 1, p.75.

<sup>52</sup> GUZMÁN, A., *Dos estudios, cit.*, p. 33.

D. 26. 1. 6. 2, que afirma lo contrario. Se ha intentado salvar esta antinomia observando que el texto habla, no de *iurisdictio* sino del *officium ius dicentis*<sup>53</sup>, a lo que se ha respondido que ambos conceptos serían sinónimos si atendemos al contenido de D. 26. 10. 1. 4 (*Ulpianus 35 ad ed.*).- *An autem apud legatum proconsulis suspectus postulari possit, dubium fuit: sed imperator Antoninus cum divo Severo Braduae Maurico proconsuli Africae rescripsit posse, quia mandata iurisdictione officium ad eum totum iuris dicundi transit. Ergo et si praetor mandet iurisdictionem, simili modo dicendum est suspectum posse apud eum postulari cui mandata est: cum enim sit in provincia hoc rescriptum, consequens erit dicere et eum, cui a praetore mandata est iurisdictione, posse de suspecto cognoscere.* Guzmán, al estudiar ambos textos, D. 2. 1. 1 y D. 26. 10. 1. 4, señala que, D. 2. 1. 1 habla del *officium ius dicentis* y D. 26. 10. 1. 4 del *officium iuris dicundi*; pone de manifiesto que la sinonimia entre esta última expresión y *iurisdictio* es efectiva, pero resalta que ambos conceptos no son sinónimos con *officium ius dicentis*.

D. 26. 1. 6. 2 y D. 26. 10. 1. 4 se refieren a una actividad en sí misma considerada: la *iurisdictio*, que consiste en un *officium iuris dicundi*; sin embargo, el giro de D. 2. 1. 1 se refiere a la actividad (*officium*, que todavía no se dice en qué consista), de un sujeto que viene individualizado por lo que le es más propio: el *ius dicens*. Esto significa que no es lo mismo jurisdicción u “oficio de decir el Derecho” que el “oficio del que dice el Derecho”, pues si bien es cierto que el oficio de este último incluye la jurisdicción, puede incluir también otras actividades que no sean jurisdiccionales. Ciertamente, todos quienes hasta Ulpiano habían poseído el *ius*

---

<sup>53</sup> DE MARTINO, F., *Giurisdizione*, cit., 7, n. 7, p 269.

*tutoris dandi* habían sido magistrados dotados de jurisdicción: los Pretores, los Cónsules, los Pretores tutelares, los Procónsules, los *Iuridici*, los Magistrados municipales, pero de un hecho así no se podía concluir necesariamente que la *datio tutoris* tuviera carácter jurisdiccional; entonces, D. 2. 1. 1 nos dice que la “función” (*officium*) “del que dice el Derecho” (*ius dicentis*) incluye el nombramiento de tutor, pero no nos dice que el nombramiento de tutor constituya una “función” (*officium*) “de decir el Derecho” (*iuris dicendi*), esto es, una función jurisdiccional, Ulpiano se limita, pues, a constatar el hecho cierto de que la *datio tutoris* era practicada por magistrados que decían el Derecho, pero nosotros sabemos que esto no podía ser sin una previa y expresa autorización legal, como indica D. 26. 1. 6. 2. Si efectivamente la *datio tutoris* no era actividad jurisdiccional, quizá hasta sea necesario ver una suerte de correlación entre ambos pasajes: D. 2. 1. 1 diría que tan amplio es el oficio del magistrado jurisdiccional, que se incluyen en él actos, como la *datio tutoris*, que, según D. 26. 1. 6. 2, no son jurisdiccionales, entendiéndose implícitamente que eso ocurría tan sólo una vez que alguna norma pública lo permitiera.

Concluye Guzmán a ese respecto que, en consecuencia, si D. 2. 1. 1 se limita a decir algo tan sabido como es el que el magistrado que posee jurisdicción da tutor, sin que ello quiera decir necesariamente que la *datio tutoris* tuviera carácter jurisdiccional, no existe –independientemente de las alteraciones que el texto pueda contener– ninguna contradicción entre ambos pasajes.

Adviértase que todo cuanto se ha expuesto hasta ahora la intervención de la jurisdicción se circunscribe en todo momento al nombramiento de la figura del tutor, sin que se mencione en absoluto ninguna otra intervención previa a la

declaración de la figura de guarda que implique una declaración de la falta de capacidad del necesitado de guarda.

Según Wlassak<sup>54</sup> la doctrina de D. 26. 1. 6. 2 sólo pudo ser formulada cuando había llegado a ser un hecho que la *datio tutoris* consistía en una facultad del todo configurada por normas públicas que sucesivamente fueron estableciendo en relación a las competencias de diversos magistrados para dar tutor, y entonces fue claro para los juristas clásicos que aquélla no podía ser efectuada sino cuando, precisamente, una explícita regla la atribuyese a algún magistrado. En una época anterior a la *Lex Atilia*<sup>55</sup> el principio habría sido el opuesto, esto es, el magistrado, en virtud de su solo imperio podía dar tutores como regla general, y ello habría generado una costumbre en tal sentido. Esta idea de Wlassak fue aceptada por Mitteis<sup>56</sup>. Por su parte Solazzi<sup>57</sup> consideró que el principio de nuestro texto también fue válido para la época arcaica, pero luego<sup>58</sup> estimó que en realidad, antes de la *lex Atilia* el *imperium* del magistrado era suficiente fundamento para el ejercicio del *ius tutoris dandi*, y que ello habría sido causa de la correspondiente *mos*. Sin embargo, Karlowa<sup>59</sup> y Perozzi consideran que el impero del magistrado

---

<sup>54</sup> WLASSAK, M., *Krit. Studien, cit.*, p. 28.

<sup>55</sup> Nos permitimos recordar que la *Lex Atilia de tutore dando* (s. III a.C.) dispuso el nombramiento de tutor por la potestad jurisdiccional (*datio tutoris*) a falta de tutor testamentario y legítimo. El tutor nombrado en virtud de esta ley recibió el nombre de *tutor Atilianus* (Gai. I. 185-195 e I. 1. 20). Vid. DOMINGO, R., *Derecho de la A a la Z. Textos de Derecho romano*, (Madrid 2002), p. 372.

<sup>56</sup> MITTEIS, L., (RPR. 1) *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I*, (Leipzig 1908), p. 41, n 4.

<sup>57</sup> SOLAZZI, S., *Scritti 2, cit.*, p. 206, n. 15.

<sup>58</sup> SOLAZZI, S., *Scritti 2, cit.*, p. 280, n. 8, 398, n 16.

<sup>59</sup> KARLOWA, *RRG. 2, cit.*, pp 284 ss.

no habilita por sí solo para la *datio tutoris*, y que, en consecuencia, el principio de D. 26. 1. 6. 2 tenía ya aplicación antes de la *Lex Atilia*, así, según sostienen estos autores, la *datio tutoris* establecida en la *Lex Atilia* no constituyó sino una formalización de lo que ya estaba siendo una realidad y aplicada por costumbre desde una época anterior.

Cuando Ulpiano escribió D. 26. 1. 6. 2. 2, necesariamente tenía que recoger una tradición más antigua que él; de hecho Guzmán<sup>60</sup> concluye que, si no la formulación, al menos la idea contenida en D. 26. 1. 6. 2, parece que puede llegar a reconducirse a una época más antigua, en el sentido de que ya entonces no se concibió que el solo imperio o la sola jurisdicción bastasen para dar tutor al tiempo que nunca se haya cuestionado la posibilidad de un tutor designado por el magistrado. Que dicho principio bien pudo ser formulado explícitamente a partir de la *lex Atilia*, porque entonces se hizo posible pensar en otros magistrados capaces de dar tutor obtuvo como causa inmediata la nueva regulación impuesta por dicha ley, pero su causa remota venía desde antes.

Para justificar la necesaria atribución de la competencia en cuanto al nombramiento de tutor, sigue Guzmán<sup>61</sup> el ejemplo de la *lex Iulia et Titia*<sup>62</sup> que

---

<sup>60</sup> GUZMÁN, A., *Dos estudios, cit.*, p. 38,

<sup>61</sup> GUZMÁN, A., *Dos estudios, cit.*, p. 41,

<sup>62</sup> BERGUER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, vol. 43, part 2, (Philadelphia 1953), p. 555, *Lex Iulia et Titia* (denominada en algunas ocasiones simplemente *Lex Titia*), norma aprobada en la época de Augusto sin datación exacta conocida que desarrolla para las provincias el contenido de la *Lex Atilia* sobre el nombramiento de tutores; establece que la autoridad competente para el nombramiento de tutor era el Gobernador de la provincia; el término *tutor Titianus* se conoce a través de una inscripción referida al nombramiento de un sujeto de guarda nombrado siguiendo lo dispuesto por la *Lex Titia*. En palabras de escudero ESCUDERO LUCAS, J.L., *La tuición*

únicamente tiene explicación si aceptamos que el *ius tutoris dandi* era una facultad no incluida en el imperio de los magistrados, ni, por tanto, en el de los gobernadores, que de otro modo lo habrían poseído sin necesidad de ley alguna; y consecuencia de esto fue que dicha ley hubo de votarse. A conclusiones similares llega Watson<sup>63</sup>, quien tras distintas reflexiones y análisis especialmente respecto a la relación o posible contradicción entre D. 2. 1. 1 y D. 26. 1. 6. 2, no parece que llegue a conclusiones muy distintas a las anteriormente expuestas.

En definitiva, la aparente contradicción entre ambos textos desaparece si los interpretamos de forma complementaria, de manera que D. 2. 1. 1 se ocuparía de enunciar la amplitud de facultades del magistrado (entre las que se incluyen funciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales) entre las que se encontraba la de nombrar tutor y D. 26. 1. 6. 2 precisaría que si bien el magistrado podrá nombrar tutores, cuando lo haga no lo será en el uso de sus facultades jurisdiccionales, por lo que ambos pasajes acaban complementándose y contribuyen a un mayor entendimiento de la cuestión objeto de estudio en este punto.

Nos permitimos añadir que de cuanto hemos expuesto respecto del análisis de D. 26. 1. 6. 2, al señalar que el nombramiento de tutor no es propio de la jurisdicción, es que evidente que no existía una procedimiento previo, y mucho menos de

---

*del menor abandonado: (art. 172 del Código Civil), (Murcia 1995), p. 29, en el siglo I a.C. la Lex Iulia et Titia encomendó a los Gobernadores la función de designar tutores en las provincias. Claudio confirió a los Consules la posibilidad de dar tutor previa “inquisitio” y Marco Aurelio transfirió esta posibilidad al Pretor. En definitiva, la Tutela Atiliana de las Leyes Municipales fue introducida por la Lex Atilia, y se extendió a las provincias por las Lex Iulia et Titia, para atender a los casos en que faltase tutor testamentario y legítimo. En el mismo sentido CATALÁ RUBIO, S., *La situación del menor en la antigua Roma*, (Cuenca 2006), p. 129.*

<sup>63</sup> WATSON, A., *The Law of persons, cit.*, pp. 111 ss.



carácter jurisdiccional que declare que alguien deba ser declarado incapaz para que pueda procederse al nombramiento de una figura de carácter asistencial. Todas las referencias que en el mismo se contienen respecto a la intervención o no de la jurisdicción vienen encaminadas exclusivamente a la determinación de si la misma interviene o no en el nombramiento de tutor o curador y en base a qué, pero no se plantea ni siquiera el supuesto de que con carácter previo deba desarrollarse procedimiento alguno mediante el que se nombre incapaz a alguien para que se le pueda nombrar tutor, es algo que ya viene asumido sin más preámbulo ni formalidad.

Todas las cuestiones que se plantean los autores que estudian y analizan D. 26. 1. 6. 2, van encaminadas a determinar quién es competente en el nombramiento de tutor y en base a qué legitimación, pero en momento alguno se plantean ni mencionan la posibilidad de existencia de un procedimiento previo anterior al propio nombramiento de tutor a través del que se declare la incapacidad de la persona a la que se le deba nombrar tutor. La intervención en materia tutelar se limitará al hecho del nombramiento de la figura de guarda, no a la existencia de un procedimiento previo en el que se declare la incapacidad de alguien, ya que ésta no lo necesita por cuanto se asume como un acontecimiento que se asume por sí mismo y se basta con el nombramiento de una figura de guarda ante una determinada situación de hecho, como el que constituye la incapacidad.

A fin de concretar todavía más la general falta de proceso de incapacitación previo al del nombramiento de figura de guarda, nos proponemos en apartados siguientes el estudio de las típicas figuras asistenciales -la tutela y la curatela-, a fin de

concretar algunos principios que refieren y sugieren dicha falta así como la determinación de algunas circunstancias especiales.

### **I. 3.- LAS FIGURAS ASISTENCIALES: TUTELA Y CURATELA**

En función del momento histórico los razonamientos para nombrar tutor a personas que se encuentren en una situación necesitada de amparo van a ir variando.

Así, en el derecho antiguo las causas que van motivar el nombramiento de tutela se van a fijar más en la diferente posición de los sujetos respecto a su patrimonio y la consideración de éstos dentro del ámbito social romano que en su necesidad de protección jurídico-social<sup>64</sup>, la relación entre la patria potestad y la tutela es manifiesta y así ha sido puesto de relieve por numerosos autores, entre ellos Sanz Martín<sup>65</sup>, quien sostiene que aquella es la prolongación del poder del *de cuius*, sirva de ejemplo el hecho de que quedaban excluidos de la tutela los sujetos varones púberes -mayores de 14 años-, mientras que las mujeres púberes, cualquiera que fuese su edad y únicamente por razón de sexo, estarían sometidas a una tutela perpetua, sin atender a razones de protección, debido a su consideración dentro de la sociedad romana y, por ende, en el grupo familiar. A efectos de

---

<sup>64</sup> SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana*, (Madrid 1998), p. 10.

<sup>65</sup> SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil, cit.*, p. 14.

nuestro trabajo no hay que perder de vista que la mujer púber –mayor- es uno de los supuestos incluidos en el genérico giro “mayores incapaces”. La tutela aun apareciendo como un deber o carga pública para el tutor, realmente se desenvuelve más bien como un poder o derecho perteneciente al tutor sobre las personas/patrimonios de los pupilos, que como una función de protección de las mujeres y de los varones impúberes, de esta forma, teniendo en cuenta su incapacidad de obrar el ordenamiento jurídico otorgaba a un tercero la función y el poder para suplir con su actividad la propia del incapaz, a fin de hacer posible a efectos económicos, las relaciones jurídicas de que ese incapaz era, o podría ser titular<sup>66</sup>.

A decir de Sanz Martín tanto la tutela como la *cura* se establecen como dos instituciones de protección, que se ejercitan principalmente sobre las personas necesitadas de defensa, generalmente por razones de edad, referidas al ámbito patrimonial, y no a la efectiva protección de las personas<sup>67</sup>.

En las fuentes aparece constatada la falta de carácter proteccionista de la institución desde un punto de vista personal, por lo menos en una primera época - Gai I. 192<sup>68</sup>. No en vano algunos autores como D’Ors<sup>69</sup> realizan, ya que al tratar la

---

<sup>66</sup> La misma posición común sostenía VOLTERRA, E. *Instituciones*, cit, p. 125.

<sup>67</sup> BONFANTE, G., *Corso di diritto romano*, I, Diritto di famiglia (Milan 1963), pp. 551-552.

<sup>68</sup> Así por ejemplo Gai I. 192 *Sane patronorum et parentum legitime tutelae uim aliquam habere inteleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res mancipi alienandas neque ad obligationes suscipienda auctores fieri coguntur, praterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationisque suscipiendae interueniat. eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque*

tutela antigua hablan de ella como una institución de “carácter egoísta”, es decir, el tutor defendía al asumir el cargo sus propios intereses en el sentido de que podía ser él el posible heredero de ese patrimonio. Costa<sup>70</sup> manifiesta que la función primitiva de la tutela no era otra que la de salvaguardar las legítimas expectativas del grupo familiar. Sanz Martín y Kaser<sup>71</sup>, sin negar el carácter egoísta de la tutela antigua al mismo tiempo la encuentran altruista, y esto porque entienden que el tutor ejercía una autoridad que le era otorgada en interés propio y en el de la familia.

Posteriormente, ya en tiempos de la República, la tutela se concibe más como un deber-*officium*- (este aspecto se asemejaría más a la concepción actual de la institución en nuestro ordenamiento jurídico) y una carga impuesta en interés público (*numus publicum*), siendo el cargo de tutor de naturaleza estrictamente privada, sometido a una fuerte inspección pública de contenido no exclusivamente patrimonial, pasando el interés propio del tutor a un plano secundario.

Y aunque en las XII Tablas<sup>72</sup> se contiene un precepto que establece que el testador tenía dentro de sus facultades la de designar en su testamento como tutor de sus hijos a otra persona diferente de la persona del *heres*, lo bien cierto es que hay que

---

*alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples add eos hereditas perueniat.* En este texto Gayo pone de manifiesto que como al tutor le pertenece la herencia de las mujeres que muriesen intestadas, no se le puede forzar a autorizar ningún acto por el cual el patrimonio de la mujer llegara hasta él empobrecido

<sup>69</sup> D’ORS, A., *Derecho romano Privado*, (Pamplona 1991), p. 351.

<sup>70</sup> COSTA, E., *Cicerone Giurisconsulto I*, (Roma 1964), p. 71.

<sup>71</sup> KASER, M., *Derecho romano Privado*, trad. de J. Santa Cruz de Teijeiro, (Madrid 1968), p. 286.

<sup>72</sup> GUARINO, A., *Notazione romanistiche, II: La lex XII Tabularum e la tutela, Studi in onore S. Solazzi*, (Napoli 1948), pp. 37 y 38.

concluir que el antecedente del instituto tutelar lo podemos encontrar sin ningún margen de duda en la figura del *heres* designado por el *de cuius* de entre todos los *sui heredes* como el más digno para dirigir el destino del grupo familiar. Por lo tanto, la tutela no será más que la prolongación del poder del *paterfamilias* difunto, de manera que la institución tutelar implicará un poder no distinto de la *potestas*.

Tal como hemos señalado con anterioridad, junto a la tutela, y dentro también de las instituciones de guarda, se encuentra *la cura*. Ambas figuras se han ido confundiendo a lo largo de la evolución histórica, pero es posible diferenciarlas aludiendo a su ámbito de actuación, pues mientras, según una máxima romana contenida en D. 26. 2. 12-14<sup>73</sup> y D. 40. 1. 13<sup>74</sup>: *tutor datur personae, curator rei*; la curatela tiene por objeto la gestión y administración del patrimonio del sujeto incapaz, de ahí que las funciones se encuentren limitadas ciertamente al campo patrimonial, sustituyendo en dicho terreno al asistido<sup>75</sup>, mientras que el componente de gestión personal en la tutela es claro.

---

<sup>73</sup> D. 26. 2. 12 (*Ulpianus libro 38 ad Sabinum*).- *Ceterarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus*.

D. 26. 2. 13. (*Pomponius libro 17 ad Sabinum*).- *Et si datus fuerit, tota datio nihil valebit*.

D. 26. 2. 14. (*Marcianus libro 2 Institutionum*).- *Quia personae, non rei vel causae datur*

<sup>74</sup> D. 40. 1. 13 (*Pomponius libro 1 ex Plaut*).- *Servus furiosi ab adgnato curatore manumitti non potest, quia in administratione patrimonii manumissio non est. si autem ex fideicommissi causa deberet libertatem furiosus, dubitationis tollendae causa ab adgnato tradendum servum, ut ab eo cui traditus esset manumittatur, octavenus ait*.

<sup>75</sup> Vid. SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil*, cit., p. 17.

### **I. 3. 1.-La tutela**

La definición de la tutela en el Derecho romano encuentra su principal regulación en un texto del Digesto del título I, libro XVI, que se atribuye al jurista Servio, la tutela se define como un poder y potestad sobre persona libre que permite y otorga el Derecho civil para proteger a quien por razón de la edad no puede defenderse por sí mismo, en particular:

D. 26. 1. 1pr (*Paulus libro 38 ad edictum.*)- *Tutela est, ut Seruius definit, uis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure ciuili data ac permissa.*

Según se extrae del texto, la tutela debe concebirse como una institución encaminada a proteger a quiénes siendo *sui iuris*, no pueden defenderse por sí mismos, entre otras causas, por razón de la edad, sobre los que se ejercerá un poder y potestad.

D. 26. 1. 1. 1 (*Paulus libro 38 ad edictum.*)- *Tutores autem sunt qui eam uim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.*

De conformidad con el texto anterior, los tutores (que toman su nombre del poder y potestad que ejercen sobre sus pupilos) se ocuparán de proteger y defender a aquellas personas que no pueden defenderse por sí mismos por razón de la edad.

La gran mayoría de la doctrina<sup>76</sup> para definir la tutela romana, además acudir D. 26. 1. 1pr., complementa el análisis de dicho texto con el estudio de Inst. 1. 13. 1 *Est autem tutela, ut Servius definivit, ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa-*, al considerar que Justiniano reproduce en las Instituciones la misma definición de la tutela que realizaba Servio Sulpicio Rufo.

Sin embargo Watson<sup>77</sup> al comparar dichos textos advierte cierta diferencia entre ambos por cuanto el pasaje de las Instituciones habla de *ius ac potestas* mientras que en el Digesto consta la expresión *vis ac potestas*. Para Watson no hay duda que la lectura original del texto era *vis ac potestas*, porque entiende que la expresión utilizada en Instituciones fue claramente tomada de *Paulus, libro 38 ad edictum* cuyo contenido era el mismo que la expresión que constaba en el texto del Digesto (D. 26. 1. 1). De esta forma para Watson la justificación de la discrepancia entre los dos textos es clara y atribuye las diferentes expresiones utilizadas en ambos textos a un simple error al transcribir *ius* en lugar de *vis*.

De manera que, la tutela, según la definición de Servio, es la fuerza y la potestad sobre una persona libre, dadas y permitidas por el Derecho civil, para proteger a aquel que por su edad no puede defenderse.

Sin embargo, el Derecho romano, a diferencia con lo que ocurre con nuestro actual Derecho civil, no menciona la necesidad de previa declaración de

---

<sup>76</sup> Entre otros, vid. BETANCOURT, F. *Derecho romano Clásico*, (Sevilla 2001), p. 445; OLIVER SOLA, M.C., *Precedentes romanos sobre la adopción, tutela y curatela*, (Pamplona 2009), p. 203; WATSON, A., *The Law of persons, cit.*, pp. 102ss.

<sup>77</sup> WATSON, A., *The Law of persons, cit.*, p. 102.

incapacitación<sup>78</sup> del sujeto que debe ser sometido a tutela, instando el correspondiente procedimiento judicial al respecto, con lo que no requiere una resolución judicial que declare la falta de determinadas carencias en la capacidad de obrar de una determinada persona, sino que el nombramiento de tutor, se produce de forma directa.

En el Derecho romano la tutela se ejercía sólo sobre los impúberes y las mujeres. En el Derecho clásico se concebía más como una función protectora respecto de los mismos como un poder y un derecho pertenecientes al tutor sobre las personas de los pupilos. Parte de la doctrina defiende que la institución de la tutela estaba íntimamente ligada con la herencia<sup>79</sup>, siendo ostentada la función protectora y el control sobre el patrimonio de las mujeres y los impúberes por el *heres del pater familias*.

En esta misma línea parece pronunciarse la profesora Martínez De Morentín Llamas<sup>80</sup> que recoge la postura defendida por Iglesias para quien tutela y curatela son dos poderes sobre las personas que aún siendo *sui iuris*, no tienen la capacidad de entender y de querer que es necesaria para administrar convenientemente su patrimonio. Precisa que la falta de capacidad puede ser total o parcial y que puede tener su fundamento en razones de edad, sexo, enfermedad mental o tendencia a la dilapidación. La tutela en los primeros tiempos era

---

<sup>78</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A, *Derecho romano, cit.*, p. 219, en relación con la enfermedad mental y la curatela de las personas afectadas por enfermedad mental, donde hace constar expresamente que no se prevé una declaración formal de incapacidad.

<sup>79</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones, cit.*, p. 125.

<sup>80</sup> MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. L., *De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico al Derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)*, RDGR, 4 (junio 2005) pp. 12-13.



atributo de la *manus* o *potestas*, como lo prueba el hecho de que faltara una denominación específica para distinguirla de tal poder. *Pater familias* y tutor eran una misma persona. De hecho la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar.

### **I. 3. 2- La curatela**

La curatela es la otra figura de guarda del Derecho romano, en este apartado examinaremos los supuestos en los que deberá procederse al nombramiento de *curator*, así como diferencias de esta figura de guarda respecto de la tutela al margen de las que ya hemos avanzado en el apartado destinado al estudio de la figura del tutor y teniendo en cuenta que existen múltiples aspectos en común entre ambas figuras asistenciales. Si bien en el Derecho romano existían ya desde antiguo estas dos instituciones la *tutela* y la *cura*, aunque en un primer momento surgen como esencialmente distintos posteriormente llegan a confundirse<sup>81</sup>.

De hecho<sup>82</sup>, en una primera época, tutela y curatela responden a la falta de capacidad de las personas a ellas sujetas, pero su función no es protegerlas, sino que se establecen, en interés de la familia y su fin es conservar el patrimonio del incapaz a favor de sus presuntos herederos. En una segunda etapa, fijada legalmente en el s. II A.C., se instaura la tutela dativa y se supera la anterior concepción y la conciencia social rechaza que quien no puede defenderse, por sí mismo, carezca de alguien que lo haga. De esta forma, tutela y curatela, pasan de ser un derecho (*potestas*) a un deber (*numus*) o una carga (*onus*) y de ejercerse en

---

<sup>81</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones, cit.*, p. 125.

<sup>82</sup> Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R. *Derecho romano, cit.*, p. 268.

interés del tutor o curador a hacerse en interés legal del incapaz y de tener un matiz marcadamente patrimonial a no desatender, al menos económicamente, los aspectos personales de la vida del tutelado. La figura del *curator*, para los dementes y los pródigos, se introduce con la Ley de las XII Tablas y tendrá un carácter eminentemente patrimonial, pues se trata de administrar o ayudar a administrar los bienes de un sujeto cuya capacidad de obrar ha sido limitada o quitada, siendo ésta su principal diferencia para con la tutela, ya que la misma se ejerce sobre personas que nunca han gozado de dicha capacidad de obrar.

Si atendemos al término latino, *cura* o *curatela*, comporta la idea de cuidado, atención, y partiendo de ello, *curator* o curador es aquél que cuida algo y *curare* designa el realizar o cumplir esta función. Y la necesidad de ese cuidado puede generarse respecto a bienes, patrimonios o, incluso, respecto a ciertas personas<sup>83</sup>.

Respecto a las diferencias entre tutela y curatela –aunque se trata de figuras que con el tiempo van a llegar a confundirse- es relevante hacer notar que el *curator* carece de *auctoritas interpositio* y que los supuestos de curatela (loco y pródigo) no presentan la misma regularidad que los de la tutela (impúber o mujer) aunque con la introducción de la curatela sobre el varón púber, la nota de falta de regularidad no puede argumentarse.

Igualmente, el principio tradicional *tutor datur personae, curator rei* debe matizarse, pues nadie cuida de ninguna persona sino de los bienes, aunque la tutela presupone, siempre, la persona del pupilo y la curatela puede tener lugar en casos de un patrimonio con un sujeto inicialmente indeterminado (ej: *curator* de la

---

<sup>83</sup> PANERO GUTIÉRREZ, R. *Derecho romano, cit.*, p. 282.

herencia yacente – *hereditatis iacentis*-, o de la que espera el nacimiento del concebido – *ventris nomine*-).

Para Betancourt<sup>84</sup> la curatela es como un encargo de administración hecho por la *potestas* política (Pretor) de un patrimonio privado cuyo titular *sui iuris* púber tiene limitada su capacidad de obrar, y distingue distintos tipos de curatela, distinguiendo entre la del *furiosus* y la del *prodigus*; la del *nasciturus* o *spem animantis*; la curatela de los *minoris*; y, por último, la curatela del deudor concursado. Todo ello teniendo en cuenta, con Girard<sup>85</sup> que no es posible realizar una enumeración completa de las curatelas existentes en Derecho romano, porque la finalidad de esta institución no era sino remediar incapacidades accidentales susceptibles de variar infinitamente. No en vano, Bonfante<sup>86</sup>, en esta misma línea, niega la existencia de una curatela como institución única y afirma que se trata de un conjunto de instituciones que tienen como característica en común que van encaminadas tanto a la gestión de un patrimonio perteneciente a un sujeto, a quien no se le permite administrarlo por sí mismo como simplemente a ayudarle para obrar jurídicamente.

### **I. 3. 3.- Tutela y curatela. Textos**

Los puntos de conexión entre ambas figuras asistenciales son innegables y en ocasiones resultan aplicables tanto a la tutela como a la curatela. Vamos a

---

<sup>84</sup> BETANCOURT, F. *Derecho romano, cit.*, pp. 451ss.

<sup>85</sup> GIRARD, P.F. *Manuel Elementaires de Droit Romain*, (Paris 1924), p. 233. En el mismo sentido ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano vol II*, (Madrid 1984), p. 752.

<sup>86</sup> BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho romano, trad. Bacci/Larrosa*, (Madrid 1929), p. 216.

proceder a analizar una serie de textos que también nos van a servir para reforzar la idea de la innecesaria declaración de incapacidad judicial.

El primero de los textos que vamos a analizar se refiere al tiempo hábil para el nombramiento de tutor y de curador.

Para ello nos fijaremos en D. 26. 5. 8. 2 (*Ulpianus libro 8 de omnibus trib.*).- *Dari tutor omni die poterit*, donde Ulpiano manifiesta que se podrá nombrar un tutor en cualquier día, esto es, todos los días serán hábiles para proceder al nombramiento de un tutor. El análisis de D. 26. 5. 8. 2 debemos realizarlo en íntima conexión con D. 26. 1. 3. 3 (*Ulpianus libro 37 ad Sabinum*).- *Quolibet loco et tempore hunc curatorem dari posse pomponius libro sexto decimo ad sabinum scripsit*, relativo al nombramiento de curador para el que igualmente, tal y como dispuso Pomponio, no hay día inhábil para poder efectuar el nombramiento de tutor, siendo por tanto, válido cualquier día. Es más, en D. 26. 1. 3. 3 se empleaba la expresión “*quolibet... tempore*”, por lo que se entiende que además de cualquier día lo era también cualquier hora del mismo. Ambos textos no pueden estudiarse por separado sino que claramente se complementan, con independencia de la distinta ubicación de los mismos –D. 26. 5. 8. 2 perteneciente al título V del libro XXVI *De tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt* y D. 26. 1. 3. 3 ubicado en el título I del mismo libro *De tutelis*- y, por tanto, no ser correlativos. En efecto, los dos pasajes completan las carencias de precisión mutuas, pues del estudio conjunto de los mismos resulta que no se impone limitación alguna respecto al momento de procederse al nombramiento de tutor o curador. Hay que añadir que además, Pomponio afirma que no existe restricción ni formalidad de lo que tampoco

parece desprenderse procedimiento alguno para declarar la incapacidad de quien sea susceptible de asistencia por curador al no contemplar formalidad alguna en el espacio y temporalidad del mismo. En este sentido, es relevante el contenido de Inst. 1. 20. 5<sup>87</sup> que explica cómo entra en funcionamiento la institución tutelar en función de la magnitud de los bienes del pupilo, establece que si los bienes del pupilo o del adulto para quien se propone el nombramiento de tutor superan los quinientos sueldos serán los defensores de las ciudades juntamente con el obispo de la ciudad o ante el magistrado (o personas públicas de la ciudad) o el *iuridicum Alexandrinae civitatis* quienes nombren tutores o curadores, sin esperar al mandato de los presidentes. El texto va referido tanto a los supuestos de nombramiento de tutor para impúberes como para el caso de personas adultas (loco, pródigo, mudo,..). En el texto es claro que se procede al nombramiento de una figura asistencial porque se considera la preeminencia de atención al cuidado del patrimonio del requerido de asistencia, es palmario al señalar que se les procederá a nombrar tutor de forma inmediata sin hacer mención a procedimiento previo alguno mediante el que se proceda a declarar la falta de capacidad de alguien para que se proceda a dicho nombramiento –todavía más cuando se señala que ni siquiera habrá que esperar al mandato de los presidentes, al permitir además el nombramiento de tutor incluso por los defensores de las ciudades-.

---

<sup>87</sup> Inst. 1. 20. 5.- *Nos autem per constitutionem nostram huiusmodi difficultates resecentes, nec expectata iussione praesidium, disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum (una cum eiusdem civitatis religiosissimo antistite, vel apud alias publicas personas, id est magistratus vel iuridicum Alexandrinae civitatis tutores vel curatores creare; legitima cautela secundum eiusdem constitutionis normam praestanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.*

Un nuevo soporte argumentativo respecto a la innecesariedad de procedimiento de declaración de incapacidad previo un texto de Ulpiano, concretamente D. 26. 5. 8. 1 (*Ulpianus libro 8 de omnibus trib.*).- *Si praetor vel praeses provinciae in furore aut dementia constitutus dederit tutorem, non puto valere: quamvis enim praetor vel praeses sit nec furor ei magistratum abroget, attamen datio nullius erit momenti*, el jurista aclara textos precedentes que afirman que el nombramiento de figura asistencial efectuado por el Pretor o por el Gobernador de la provincia será siempre válido, ya que contempla determinados supuestos en los que dicho nombramiento carece de validez.

Dicha invalidez en el nombramiento vendría motivada por la concurrencia en la figura del Pretor o del Gobernador de determinadas circunstancias de carácter personal, como el caso de la demencia o de un arrebato de locura; en estos supuestos, considera Ulpiano que el nombramiento efectuado bajo ese arrebato de locura o demencia no resultará válido -aunque dicha circunstancia personal en el Pretor o el Gobernador no llegue a inhabilitarle para el ejercicio de su cargo-. Llama la atención el hecho de que no es necesario que a la autoridad pública se la declare incapaz, la misma demencia se considera “hecho” suficiente para proporcionar una serie de efectos: los nombramientos de tutor que efectúen mientras se encuentren en estado de locura no serán válidos. Esto es, tampoco en este texto hay declaración previa de incapacidad para establecer ciertas consecuencias a los actos que realice la autoridad pública en un abceso de demencia.

A fin de profundizar todavía más en la innecesariedad de declaración prevista de incapacidad, continuamos nuestro trabajo con el análisis de los supuestos de

quienes serían en Roma “mayores incapaces”, esto es, la mujer mayor de 12 años, el *furiosus*, el *prodigus*, así como el caso de los sordos, los mudos o los ciegos, sin olvidar el caso del *postilimum*.

#### **I. 4.- SUPUESTOS ESPECIALES**

Como hemos avanzado al finalizar el anterior apartado, tras el análisis del concepto de incapacidad en el Derecho romano, así como las figuras asistenciales que actuarán ante los supuestos de incapacidad, y otra serie de cuestiones fundamentales como ha sido el análisis de D. 26. 1. 6. 2, analizaremos ahora cómo actúan las diferentes figuras asistenciales ante los distintos supuestos de mayores incapaces.

En el actual apartado del capítulo primero de nuestro trabajo analizaremos con especial interés los supuestos de la mujer mayor de 12 años, los locos y de los pródigos, pero tampoco obviaremos los supuestos de los sordos, los mudos y los ciegos, y, por otra parte igualmente, con posterioridad, analizaremos el especial supuesto del *postilimum*, en la medida en que parte de un supuesto de hecho cuál es la caída de un ciudadano romano (mayor de edad y con capacidad plena) en poder del enemigo y las consecuencias que ello conlleva, llegando a plantearse y preguntarse una cuestión que nos preocupa especialmente en el presente estudio, es decir, si mientras dure dicha situación o realidad debe asimilarse a ésta a algún tipo de situación de incapacidad, así como si ha de proceder a nombrarse algún tipo de figura de carácter asistencial y, en su caso, de qué tipo y el alcance y

consecuencias conllevará dicho nombramiento, así como hasta cuando deberá extenderse.

No obstante, de todos los supuestos aludidos, el caso de los dementes y de los pródigos son los que consideramos paradigmáticos en cuanto respecta incapacidad de mayores desde un punto de vista diacrónico y siguiendo las pautas de la Dogmengeschichte a fin de extraer con mayor claridad las conclusiones que explicarán la evolución de las instituciones.

Los supuestos que analizamos en este apartado como especiales y que despiertan nuestro interés vienen especialmente referidos a personas mayores de edad que o bien son incapaces *ab initio* o bien han devenido con el tiempo en incapaces. Nos permitimos recordar que el hilo argumental del trabajo se centra en el estudio de la incapacidad de los mayores de edad y su evolución o involución respecto a una cuestión básica: si es necesario o no procedimiento de declaración previa de incapacidad al efectivo nombramiento de una figura de guarda, y en caso obtener una respuesta afirmativa concretar en qué casos, precisar cómo y en qué supuestos se produce.

Nos gustaría destacar, igualmente, que por lo que respecta a los supuestos del *furiosus* y del *prodigus*, los términos que sirven para designar unos y otros estados mentales, no ha sido una cuestión pacífica, pues ha existido una verdadera confusión al respecto, y los autores que se han referido a ellos han seguido distintas líneas interpretativas. Esta cuestión, según la doctrina, se complica aún más debido a la falta de claridad y de citas precisas entre los pocos fragmentos que aparecen en el *Corpus Iuris Civilis* respecto a la incapacitación, y que según probablemente hayan sido interpolados. Por ello, en determinadas ocasiones, el



tratamiento de los textos hará que su inclusión en un concreto apartado no se òbice para que se llamen a aspectos susceptibles de análisis conjunto. En cualquier caso, nos fijaremos en los requisitos que resultaban necesarios en el Derecho romano para que entraran en juego las figuras asistenciales en uno u otro supuesto, así como si para ello se requería o no una previa declaración de incapacidad como sí ocurre en nuestro ordenamiento jurídico actual.

#### **I. 4. 1.- Las mujeres mayores de 12 años**

En primer lugar, como uno de los supuestos especiales de incapaces en Derecho romano, y que, en determinados supuestos, se ha prolongado a lo largo de la Historia hasta no hace tanto (no debemos olvidar que en nuestro propio Código Civil de 1889 hasta no hace tantos años aún persistían reminiscencias de la limitación de la capacidad de obrar de las mujeres para ciertos actos, por ej. en los supuestos en los que necesitaban el consentimiento marital para realizar determinados actos jurídicos de carácter eminentemente contractual), estudiaremos el supuesto de las mujeres mayores de doce años.

Las mujeres *sui iuris*, incluso después de la pubertad, estaban sometidas a tutela, a diferencia de lo que ocurría con los hombre *sui iuris* que al alcanzar la pubertad dejaban de estar bajo tutela<sup>88</sup>.

A decir de Fernández de Buján<sup>89</sup> aunque con carácter general la condición de la mujer se suele encuadrar entre las causas que limitan la capacidad de obrar, parece

---

<sup>88</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones, cit.*, p 133.

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado, cit.*, p. 199.

que resulta más acertado considerar que las limitaciones que se le imponen afectan directamente a su capacidad jurídica, puesto no responden sino a una concepción cultural y social retrógrada en relación con la posición de la mujer, cuya evolución si bien ya se percibe nítidamente en el propio mundo romano, se ha prolongado a lo largo de los siglos.

Y a pesar que en la sociedad romana a la mujer se le reconoció un relevante papel en el marco de la familia, sin embargo la consideración personal y social que se reconoce a la mujer en Roma<sup>90</sup>, en relación con la posición subordinada en que se encuentra en otros pueblos coetáneos, como es el caso del griego o el hebreo, a pesar de ello, no se traduce, en la práctica, en un correlativo reconocimiento de derechos en el ámbito del derecho privado y mucho menos todavía en el marco del derecho público, lo que sí sucede en otras sociedades como la egipcia.

En el ámbito público la mujer no puede formar parte de la asamblea centuriada, desempeñar magistraturas, ni acceder al Senado, pero sí puede ser miembro de algunos Colegios sacerdotales, y, de hecho, a finales de la República, parece probable que a las mujeres no sometidas a patria potestad se les haya reconocido, la posibilidad de votar en los comicios por tribus o circunscripciones.

En lo que se refiere a la esfera del derecho privado, en derecho de familia, no se reconoce a las mujeres el ejercicio de la patria potestad, ni la tutela de los menores, ni la adopción, salvo en supuestos particulares en época postclásica y justinianea. En materia de derecho sucesorio, la mujer no podía actuar como testigo en un testamento, ser instituida heredera de patrimonios que sobrepasaran una determinada cuantía, prohibición que solía eludirse a través de la vía del

---

<sup>90</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado, cit.*, p. 200.

fiedicomiso, al tiempo que tampoco podía representar a otra persona en juicio, ni ejercitar una acción pública. Y en derecho patrimonial, la mujer no podía garantizar una obligación ajena.

La tutela, en la medida en que se entendía como una institución de protección respecto a las personas que no estando bajo la *patria potestas* no pueden defenderse por sí mismas, o que bien tienen la consideración social las hace merecedoras de una especial protección, como ocurría con la *tutela mulierium*.

Para Sanz Martín<sup>91</sup>, la situación en la que encontraban las mujeres tras haber alcanzado la pubertad no dejaba de ser una situación anómala digna de estudio.

A decir de Sanz Martín, la *tutela ab antiquo* había sido encuadrada dentro de las potestades familiares, y ello se extrae de un texto de Paulo concretamente D. 26. 1. 1pr.<sup>92</sup>, en el que se recoge la definición que dio Servicio Rufo sobre la *tutela* al afirmar:

D. 26. 1. 1pr.- (*Paulus libro trigésimo octavo ad edictum*).- *Tutela est, ut servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

Sanz Martín<sup>93</sup> resalta de este texto que si leemos detenidamente su significado podemos observar la falta de concordancia entre lo que el jurista expone en la misma y la situación jurídico-social existente en ese momento, pues a finales de la

---

<sup>91</sup> SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil, cit.*, p. 27.

<sup>92</sup> Recordamos que este texto ya ha sido objeto de análisis en un apartado anterior de este trabajo, por lo que no nos extenderemos demasiado en su análisis, remitiéndonos también al contenido del análisis ya efectuado.

<sup>93</sup> SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil, cit.*, p. 27.

República, período en el que el jurista elabora dicha definición, estaban en plena vigencia no solo la *tutela* de los sujetos impúberes sino también la denominada *tutela* del sexo. A este respecto las posiciones de la doctrina no se muestran unánimes pues hay quienes sostienen que en realidad en dicha definición únicamente se haría referencia a la *tutela impuberum* y no a la *tutela mulierum*. Si bien parece que debe entenderse que dicha tutela debe extenderse a todos los supuestos.

Esta posición ha sido defendida también por Bonfante<sup>94</sup> para quien la referencia que se contiene en el texto debe entenderse efectuada a la tutela general, no exclusivamente a la tutela legítima, pues el Derecho clásico no podía sustraerse del tratamiento de la *tutela mulierum*.

La tutela de las mujeres, era considerada onerosa, en la medida en que duraba toda la vida, y por ellos, tal como pone de manifiesto Volterra<sup>95</sup> se concedía a sus tutores legítimos ceder a otros la tutela, mediante la *in iure cesio tutelae* realizada delante del magistrado. Y en el caso que el nuevo tutor muriera o resultara afectado por la *capitis deminutio máxima*, incumbía nuevamente la tutela al que la había cedido y en el caso de fallecimiento o incapacidad, a quien le seguía en el orden de los tutores legítimos.

De tal forma que la carencia de tutor daba derecho a la mujer a exigir del magistrado el nombramiento de otro, que sustituía definitivamente al anterior. Y

---

<sup>94</sup> BONFANTE, G., *Corso di diritto romano I*, trad. Bacci/Larrosa (Madrid 1929), p. 553, n. 1.

<sup>95</sup> VOLTERRA, E. *Instituciones*, cit., pp 133-134.

en el caso de que se produjera un juicio entre el tutor y la pupila, el pretor urbano proveía provisionalmente al nombramiento de un nuevo tutor.

El instituto de la tutela femenina estaba todavía vigente en pleno período clásico, a pesar que ya no respondiese a exigencias sociales y jurídicas y que a los propios juristas les pareciera una institución propia del pasado sin ninguna utilidad.

El principio de que para la eficacia de los negocios jurídicos, realizados por mujeres púberes, fuera necesaria la interposición de la *auctoritas* del tutor, era aplicado únicamente a los antiguos negocios *iuris civilis*, ya que para los negocios surgidos o introducidos con posterioridad bastaba la sola voluntad de la mujer. Lo mismo ocurría en el campo procesal donde la intervención del tutor estaba limitada al antiguo procedimiento *per legis actiones* (abandonado casi en su totalidad ya desde el siglo I) y, en el procedimiento formulario, a los *iudicia legitima*; excluyéndose sin embargo, en los *iudicia quae imperio continentur* así como en el procedimiento *extra ordinem*.

Por otra parte, la importancia práctica de la interposición de la *auctoritas* fue decreciendo día a día, de tal manera que en determinados supuestos en los que la mujer en un principio necesitaba de la *auctoritas* del tutor, como por ejemplo, la *mancipatio*, para que el acto tuviera efectos jurídicos, posteriormente, ya en el siglo II Juliano admitía que si el comprador de una *res Mancipi* que era propiedad de una mujer púber hubiese pagado el precio convenido y hubiera retenido la cosa, habría podido adquirir la propiedad mediante la usucapión. Por otra parte, incluso se admitió que el magistrado pudiera obligar al tutor a interponer su *auctoritas* en los negocios jurídicos realizados por la mujer.

Otro factor de decadencia de la institución tutelar con respecto a la mujer lo constituía la facultad que le fue concedida, cada vez de una forma más amplia, a la mujer púber, de elegirse ella misma el tutor.

De hecho fue el propio Augusto quien fue consciente que la situación e hizo que cesara cualquier tipo de tutela con respecto a sus propias libertas, para posteriormente extender dicho beneficio a otras categorías de mujeres y fue ampliado a petición de los emperadores.<sup>96</sup>

A decir de Fernández de Buján<sup>97</sup>, es por lo que cabría afirmar, siguiendo a Bonfante, que la historia de la tutela de las mujeres, es la historia de la desaparición de la tutela de las mujeres.

De hecho en las épocas postclásica y justiniana, tras la desaparición de la tutela de las mujeres y del matrimonio *cum manu*, o lo que es lo mismo, aquél que se caracterizaba por el sometimiento de la mujer a la potestad, *manus*, del marido, se reconoce a la mujer una amplísima capacidad negocial y, en general, se produce un reforzamiento, de forma sustanciada de su capacidad de obrar.

#### **1. 4. 2- La trascendental relevancia de la figura del “*furiosus*” en el presente estudio. Origen, concepto y textos de interés**

Coincide la mayor parte de la doctrina en ubicar el origen de la figura del *furiosus* en la época de las XII Tablas, y más concretamente en la *Tabula 5. 7. a)*: *Si furiosus escit, adgnatum gentiliomque in eo pecuniaque eius potestas esto* donde

---

<sup>96</sup> VOLTERRA, E. *Instituciones, cit.*, p 135.

<sup>97</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado, cit.*, p. 200.

se llama a la *potestas* de los agnados y los gentiles para el caso de que en la familia se de el caso de un demente, el llamamiento afecta tanto a las cuestiones de carácter más personal como a las cuestiones relativas al dinero y demás bienes de cambio –*pecunia*–.

Ahora bien, esta cuestión tampoco resulta del todo pacífica, ya que hay algunos autores como X. d'Ors<sup>98</sup>, entre otros, quien en torno al estudio del indicado precepto decenviral -Tabla V. 7. a), manifiesta que la expresión *si furiosus escit* se suele adoptar, en las ediciones de las XII tablas, como expresión original auténtica, ya que pone de manifiesto el autor que este término no aparece documentado en la literatura pre-ciceroniana. El estudio de dicho precepto decenviral, X. d'Ors lo completa años más tarde con la publicación de otro trabajo<sup>99</sup>, donde continúa expresando sus dudas en relación al tenor original de dicho precepto, y dónde también cuestiona la posición de Diliberto, pues para el primero la palabra *furiosus* no se documenta con seguridad y de modo fehaciente antes de Cicerón y siguiendo a este último se plantea que quizá la ubicación del precepto *Si furiosus escit...* en la Tabla V al lado de los relativos a la herencia y no sería correcta y cabría pensar, en la conveniencia de trasladarlo a la Tabla VIII, dedicado al derecho penal y criminal. Según X. d'Ors el concepto que tiene

---

<sup>98</sup> D'ORS, X., "Sobre XII tab V. 7. a) 'Si furiosus escit'", en *AHDE* 50 (1980) -número dedicado a A. Alfonso García-Gallo y de Diego-, pp. 798-814, en particular pp. 803-804. Este art. será objeto de análisis por DILIBERTO, O., *Studi sulle Origine Della "Cura Furiosi"*, Università Di Cagliari. (Napoli 1984), pp. 22-32. y el estudio de éste posteriormente criticado por D'Ors en un artículo posterior.

<sup>99</sup> D'ORS, X., "Una recapitulación sobre las XII Tablas V. 7: Si furiosus escit", en *Revista de Estudios Histórico- Jurídicos [Sección Derecho romano]* XII (1995), pp. 131-145, p. 134.

Cicerón de *furiosus* no coincide con el texto decenviral ya que para él sería el siguiente “*si furiosus est, adgnatum gentilisque in eo pecuniaque eius potestas esto*” y que por lo tanto el precepto refiere la *potestas* de los agnados a dos objetos: la misma persona del *furiosus* (*in eo*) y de su pecunia (*pecuniaque eius*). Al mismo tiempo subraya que cuando Cicerón menciona este precepto en otras dos ocasiones, alude sólo al aspecto patrimonial y no al personal. X. d’Ors defiende que habría que presuponer que el verdadero reflejo del precepto decenviral es que recoge su tenor literal y que las posteriores versiones no son sino simplificaciones o versiones parciales del mismo, y lo que sí considera claro es que las XII Tablas prohibieron que el *furiosus* pudiera disponer de sus bienes (*res suae*)<sup>100</sup>. Explica X. d’Ors que Cicerón distingue la *insania* (en sus diferentes manifestaciones de *perturbatio animi*, *stultitio*, *amentia* y *dementia*) y el *furor*, y en consonancia con ello distingue tres tipos de personas: los “*sanos*”, los “*insanos*” y los *furiosi*, afectados por el *furor*, que considera más grave que la *insania* y sería a estos *furiosi* y no a los *insani* a los que se refería el precepto decenviral, si bien X. d’Ors pone de manifiesto que ello no deja de provocar cierta perplejidad en la medida en que dejaba a los *insani* fuera del ámbito de aplicación del precepto decenviral. Respecto al concepto de *furiosus* este autor resalta que según Cicerón el *furor* comprende, no sólo lo que los griegos llaman “melancolía” sino también aquellos casos en los que la mente humana es perturbada *saepe vel iracundia gravore vel timore vel dolore*. La insanía, en cambio, no se corresponde con lo que los griegos llaman “manía” y se refiere a aquellos que *non sunt in potestate mentis*.

---

<sup>100</sup> D’ORS, X., *Una recapitulación*, cit., p. 137.



Continúa X. d'Ors aseverando que, en síntesis, según el pensamiento de Cicerón, parecen ser *furiosi* quienes sufren, de modo transitorio, una total ceguera de mente que les lleva a cometer un “crimen impío”; en otras palabras, quienes a causa de la ira, del temor o del dolor, tienen un arrebato de locura que les induce al crimen. Que sea a estos *furiosi*, y no a los *insani*, a quienes se debe aplicar el precepto decenviral, resulta mucho más improbable.

Señala X. d'Ors que con ello no pretendía más que poner en tela de juicio la fiabilidad de la información ciceroniana acerca del precepto decenviral a denunciar que Cicerón transmite este precepto interpretado desde su particular visión de lo que es un *furiosus*.

X. d'Ors completa su análisis con una serie de consideraciones acerca del régimen de tutelas y curatelas, tal como se recoge en las reconstrucciones tradicionales de las XII Tablas, según las cuales la ley decenviral se ocupaba, en su Tabla V, de la *tutela mulieris* (V. 1 y 2), de la *sucesión legitima* (V. 3-5), de la *tutela legitima* (V. 6) y de la *cura furiosi* y *prodigi* (V. 7). En opinión de X. d'Ors parece más lógico pensar, en todo caso, en un único precepto decenviral referido con carácter general a todos los casos de incapacidad, y del que luego habrían ido derivando, por vía de diversificación jurisprudencial y adaptación pretoria, cada uno de los tipos de tutela y curatela, con su preciso régimen jurídico. Esta posibilidad podría hacer compatibles las afirmaciones frecuentes de los juristas clásicos, de que los distintos tipos de tutela y curatela proceden todos de las XII Tablas, con el hecho – en su opinión- , difícil de aceptar de que la ley decenviral hubiese ya previsto, como diferentes, cada unos de los distintos tipos de incapacidad.

Según la opinión de X. d'Ors los casos de locura sobrevenida no debieran ser los previstos por la ley decenviral, sino fruto de una ampliación posterior, exigida por las necesidades derivadas de la expansión territorial y demográfica de Roma<sup>101</sup>.

A nuestro entender, en la época de las XII Tablas, la voz *furiosus* era la única utilizada para nombrar a quienes padecían alguna anormalidad mental, sin llegar a distinguirse graduaciones entre ellas, es decir, o se estaba sano, o se era *furiosus* (enfermo con locura manifiesta y violenta)<sup>102</sup>.

Ahora bien, con la evolución del Derecho romano aparecerá una nueva denominación, la de *mente captus*, será entonces cuando a partir de esta nueva denominación surgirán distintas corrientes doctrinales encontradas. Así, por una parte, tal y como menciona García-Luben Barthe<sup>103</sup>, existía una corriente apoyada por Maynz, Accarias, Monier y Ortolan, que diferenciaba entre los *furiosi* y los *mente capti*. Esta corriente sostenía que los *furiosi* son locos con intervalos lúcidos y los *mente capti* son aquellos que no tienen momento alguno de lucidez. Sin embargo, nuevamente siguiendo a García-Luben Barthe, otra línea de

---

<sup>101</sup> D'ORS, X., *Una recapitulación, cit.*, p. 143.

<sup>102</sup> GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas psíquicas. Análisis del procedimiento actual y del previsto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Madrid 1999), pp. 17ss.

<sup>103</sup> Vid GHIRARDI, J. C., *Inhabilitación Judicial. Embriaguez habitual, uso de estupefacientes, disminución de las facultades, prodigalidad*. Ed. Astrea. (Buenos Aires 1991), pp. 29ss., y GARCÍA VÁZQUEZ, M.C., "La polémica en torno al concepto de furiosus", en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez*, (Madrid 1978), pp. 185-192, p. 185ss, si bien la autora, tras exponer las opiniones de SOLAZZI y REINER, se inclina por la tesis de que el Derecho romano empleó los términos casi siempre como sinónimos, y que no hubo nunca una distinción neta entre ellos.

pensamiento defendida por Petit y Brunnemann afirmaba que los *furiosi* eran absolutamente anormales y los *mente capti*, eran simples débiles mentales.

Por su parte, Volterra<sup>104</sup> apunta también la existencia de una tercera teoría al respecto, según la cual se identificaría la demencia con la monomanía<sup>105</sup>, y que algunos sostienen que los compiladores justinianos habrían introducido el

---

<sup>104</sup> VOLTERRA, *Instituciones de Derecho*, cit., p. 136.

<sup>105</sup> En la antigua nomenclatura psiquiátrica, cabe definir la monomanía como el trastorno mental por el cual el enfermo concentra sus facultades psíquicas en un núcleo central obsesionante. El término monomanía fue acuñado por el psiquiatra francés ESQUIROL en 1814 en su clásico *Diccionario de ciencias médicas*, traducido al castellano en 1924, el psiquiatra consideraba inadecuado seguir empleando el término de melancolía y lo substituyó por monomanía, enfermedad mental caracterizada por el delirio limitado a un objeto o un pequeño número de objetos. El concepto de monomanía tuvo especial interés para una teoría de la actividad mental, tanto normal como patológica. Por otra parte PEDRO MATA, en el *Vade Mecum de medicina y cirugía legal*, publicado en 1844, desde supuestos organicistas, consideró la monomanía como un tipo de enfermedad mental. Admitir la monomanía como enfermedad mental tenía consecuencias muy serias ante los tribunales en el enjuiciamiento de conductas delictivas. A decir de GARCIA GARCIA, E. - MIGUEL ALONSO, A., “Enfermedad mental y monomanía. Estudio de tesis doctorales en España (1850-1864), en *Revista de Historia de la Psicología* 22, nº 3-4 (2001) pp. 335-342, el caso de las monomanías planteaba desafíos a la concepción más común de la locura. Otra definición de monomanía nos la ofrece la Dra. MOYA GUIRAO quien señala que monomanía, también denominada “oligomanía”, es la manía relativa a un corto número de ideas o a una sola idea, y precisa que etimológicamente este neologismo se formó a partir de dos palabras griegas, “*mono*” que significa *único*, y “*manía*” que quiere decir *locura*. DRA. MOYA GUIRAO, 2010, en la página web: <http://psicoterapeutas.eu/monomania/Monomanía>. Visionado en marzo 2015. Según las conceptualizaciones del término monomanía, a nuestro entender, consideramos oportuno resaltar que la postura que defiende VOLTERRA y la referencia que realiza este término, surgido en el siglo XIX y no existente como tal en el Derecho romano, al identificar la demencia con la monomanía parece que lo limita o lo circunscribe a un determinado trastorno mental, ya que no toda locura puede identificarse con esta definición.

criterio de los intervalos lúcidos para distinguir a los *furiosi* de los *mente capti*. En definitiva, para parte de la doctrina se debe distinguir entre el *furiosus* –aquel que tiene intervalos lúcidos- y, el *mentecaptus o demens* -que no tiene intervalo lúcido alguno-; mientras que para otros tendrían la consideración de *furiosi* los locos agitados y los *mentecapti* serían los disminuídos psíquicos<sup>106</sup>.

Pero, con independencia de las opiniones doctrinales mencionadas, tal y como pone de manifiesto García-Lubén Barthe, a medida que el Derecho evolucionaba también lo hacían los conceptos referidos a las enfermedades mentales. Así el *furiosus*, el enfermo violento, pasó a encarnar a la persona completamente loca, mientras que el *mente captus*, sería el imbecil, aquel que padece una insuficiencia o falta de normal desarrollo psíquico, lo que en una palabra sería el débil mental. De hecho, esta interpretación es importante en la medida en que posteriormente es la que quedará plasmada en Las Partidas<sup>107</sup>, y a través de ellas, en el Código Civil español (arts. 199 y 200).

---

<sup>106</sup> Según afirma VOLTERRA, E. *Instituciones, cit.*, p. 125.

<sup>107</sup> La Partida VI. XVI, XIII, al ocuparse de la guarda de los huérfanos, se refiere a los locos o desmemoriados de la siguiente manera: *Curatores son llamados en latin, aquillos que dan por guardadores a los mayores de catorze años, e menores de veynte e inco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuesen mayores, seyendo locos, o desmemoriados. Pero los que son en su acuerdo, non pueden ser apremaidos que reciban tales guardadores, si non quisieren. Fuera ende, si fiziesse a ellos. Ca estonce los Judsgadores les pueden dar tales guardadores como estos. Otros dezimos, que el curador non deue ser dexado en el testamento, pero si fuere puesto, e el Judgador entendiere que es a pro del moço, deuelo confirmar...*

Tal como señala Garcia-Lubén Barthe, en Roma<sup>108</sup>, ya desde la época de las XII Tablas los *furiosi*, estaban sometidos a curatela, de tal forma que, junto a la curatela de los “púberes huérfanos”, se establecían dos tipos de “curatela especial”, en orden a la capacidad, para los púberes y mayores de edad *sui iuris*, denominadas “*cura prodigi*” y “*cura furiosi*”.

En la cuestión que a nosotros nos interesa, Volterra<sup>109</sup> expresamente afirma que “a diferencia de nuestro sistema actual, en el cual el magistrado, declarando la interdicción o inhabilitación del enfermo mental, lo hace incapaz o limita su capacidad de actual, el Derecho romano no requería la intervención o la decisión de la autoridad; al surgir la enfermedad mental, el demente pasaba a ser capaz *ipso iure*, por tanto, mientras duraba la enfermedad, sus actos eran nulos por falta de voluntad, pero tan pronto la recobraba, sus actos eran válidos<sup>110</sup>. En el Derecho clásico, el demente volvía a recuperar, con su curación, la capacidad y, por tanto, cesaba la función del *curator*, Justiniano, poniendo fin a disputas antiguas, decide que el nombramiento del *curator*, cuya función es suspendida durante los intervalos lúcidos, es válido para toda la vida del *furiosus*. El hecho de considerar a un *furiosi*, al surgir la enfermedad mental, se le consideraba *ipso iure* incapaz, sin más, constituye una de las grandes diferencias con nuestro Derecho actual, donde se exige un procedimiento previo mediante el que se declare la incapacidad. Una vez dictada dictada la correspondiente resolución judicial de incapacidad, sentencia (que constituye requisito imprescindible sin el que nadie puede ser

---

<sup>108</sup> Vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, (Barcelona 1992), p. 52.

<sup>109</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones*, cit., p. 136.

<sup>110</sup> GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P. *El proceso de incapacidad*, cit., p 19.

privado de la administración de sus bienes), todos los actos de administración posteriores, son nulos de pleno derecho, con independencia del estado mental del demente, pues son nulos aún en el supuesto en el que los realizaren durante un intervalo lúcido<sup>111</sup>; coherentemente, para poner fin a dicha incapacidad, también es necesaria una nueva declaración judicial obtenida con las mismas formalidades que se necesitaban para establecerla<sup>112</sup>.

En D. 26. 1. 3. 1 (*Ulpianus 37 ad Sab.*):- *Quia autem in pupillorum persona adgnatos curatores non admittimus, idcirco putavi et si minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adulescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum. et ita definiemus ei, quem aetas curae vel tutelae subicit, non esse necesse quasi dementi quaeri curatorem, et ita imperator Antoninus Augustus rescripsit, cum magis aetati quam dementiae tantisper sit consulendum*, se contempla el supuesto de un menor de veinticinco años que además sea demente, si bien de ambas circunstancias, la minoría de edad y la demencia, otorga preeminencia siguiendo un rescripto del emperador Caracalla, a la circunstancia de la minoría de edad frente a la circunstancia de haberse vuelto loco. Observamos, pues, como a pesar de encontrarnos con un doble supuesto de

---

<sup>111</sup> Vid. Arts. 282 y 289 del Proyecto de Código Civil de 1851 y en nuestro CC de 1889 actualmente vigente arts. 199, 293 y 297.

<sup>112</sup> Vid. Art. 308 del Proyecto de Código Civil de 1851, según el cual “*cesando las causas que hicieron necesaria la curaduría cesa también ésta, pero deberá preceder declaración judicial que levante la interdicción observándose en ella las mismas formalidades que para establecerla*”, y GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas psíquicas. Análisis del procedimiento actual y del previsto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Madrid 1999), p. 20.

incapacidad se procede directamente al nombramiento de la figura asistencial, sin la necesidad de procedimiento alguno que declare la incapacidad.

Este texto que consideramos oportuno relacionarlo con el que lo precede, también de Ulpiano, D. 26. 1. 3pr (*Ulpianus libro 37 ad Sabinum*).- *Qui habet tutorem pupillus vel pupilla si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilo minus durent: quae sententia quinti quoque mucii fuit et a Iuliano probatur eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. Quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur, sive non habent et furor eis accesserit, nihilo minus tutores accipere poterunt: quia Lex Duodecim Tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat.* En este texto Ulpiano, recoge el parecer de Quinto Mucio, al tiempo que señala que dicha opinión también resulta compartida por el emperador Juliano. Según esta *opinio iuris*, cuando un pupilo tuviera designado un tutor y deviniese su salud mental en un estado tal que fuera susceptible de ser calificado de locura, no llevaría implícito, en modo alguno, que el tutor cese en sus funciones, no siendo necesario, por tanto, el nombramiento de un curador, que en principio sería la figura que se nombra para quien sufre enfermedad mental. Parece que dicho texto otorga preeminencia a la figura de la tutela frente a la de la curatela, por cuanto quizás la misma ofrece un abanico de protección más amplio que la curatela, al tiempo que asume que ello en ningún caso implicaría un procedimiento previo para reconocer dicha situación de locura, y por tanto de incapacidad.

Dicho texto deja translucir que la nueva realidad que constituye la locura se asume como una circunstancia más que debe ser objeto de protección por parte de la figura de la tutela, sin ningún otro preámbulo ni formalidad.

Igualmente, no se deja fuera de protección a quienes devinieran locos y no tuvieran nombrado un tutor con carácter previo por razón de la edad; establece el texto para tales supuestos la posibilidad de nombramiento de un tutor, que no de un curador, ya que entiende Ulpiano que La Ley de las XII Tablas no resulta aplicable en modo alguno a los pupilos o pupilas<sup>113</sup>.

En todo el pasaje en ningún caso menciona que para la prórroga de la tutela o para el nombramiento del curador deba preceder un procedimiento previo por el que se declare a alguien demente y, por tanto, incapaz, sino que, muy al contrario, afronta dicha realidad y la asume de forma natural, procediendo en consecuencia al correspondiente nombramiento de una figura de protección, como es el tutor, para quien se ve inmerso en una situación tal que lo imposibilite, en definitiva, lo incapacite, para realizar determinadas funciones por sí mismo. Esta figura entra en juego de forma automática, sin más formalidades ni requerimientos.

Así pues, si bien ambos textos, D. 26. 1. 3. 1 y D. 26. 1. 3pr, parece que difieren respecto a la posibilidad de nombramiento de un curador para el menor de edad que devenga en loco no es menos cierto que ambos textos resultan coincidentes a la hora de poner de manifiesto que la circunstancia que ha de prevalecer a la hora de proceder al nombramiento de una u otra figura es la de la minoría de edad frente a la locura.

Ambos textos reflejan que la enfermedad mental de un sujeto, aunque sea menor de edad, no genera el inicio procedimiento alguno que conlleve a una declaración previa de incapacitación por razón de locura para que entre en juego y funcionamiento el mecanismo de protección sea bien la tutela o bien la curatela.

---

<sup>113</sup> Vid. DILIBERTO, O., *Studi Sulle Origini Della "Cura, cit.*, p. 15.



Tampoco es necesario declarar incapaz al tutor o curador que sufre enfermedad mental –o es sordo o mudo-, en particular, en D. 26. 1. 17 (*Paulus libro 8 ad Sabinum*).- *Complura Senatus consulta facta sunt, ut in locum furiosi et muti et surdi tutoris alii tutores dentur*, Paulo recoge la posibilidad de nombramiento de tutor para aquellos supuestos en los que el nombramiento haya recaído en alguien que sufra enfermedad mental o sea mudo o sordo, se considera *ipso facto* que no reúne los requisitos suficientes de capacidad para el desempeño de la figura de guarda, deberá nombrarse un nuevo tutor por quien detente esta facultad concedida por el correspondiente senadoconsulta, sin necesidad de procedimiento que declare la incapacidad del tutor.

En sentido similar, D. 26. 1. 11 (*Paulus libro 3 ad Vitellium*).- *Furiosus si tutor datus fuerit, potest intellegi ita dari, cum suae mentis esse coeperit*, nuevamente Paulo en este pasaje, no excluye la posibilidad de que el nombramiento del cargo de tutor pueda recaer en alguien que padezca trastorno mental, es más, contempla la posibilidad de que quien sufra demencia pueda llegar a ejercer como tutor cuando recobre la razón, es decir, alcance la curación sin necesidad de que en ese momento se inste procedimiento judicial alguno mediante el que se declare que ha sanado y, por tanto, goza de plena capacidad para ejercer la función de guarda, sino que simplemente por el mero presupuesto de hecho de producirse la sanación, recuperará *ipso iure* la posibilidad de poder ejercitar el cargo de tutor<sup>114</sup>.

A diferencia de ello, en la actualidad, en nuestro Derecho, sí resulta preceptivo

---

<sup>114</sup> Como veremos más adelante, concretamente al analizar D. 26. 2. 10. 3, Prócuro discrepa del criterio de Paulo, no compartiendo ambos la misma visión respecto a la cuestión que nos ocupa, tal y como pondrá el mismo Paulo de manifiesto en D. 26. 2. 10. 3.

instar un procedimiento judicial previo, mediante el que se establezca que el loco ha recuperado la cordura y, por tanto, declare su recuperación de la capacidad, y su posterior ejercicio del cargo de tutor, sin que resulte posible el cese del ejercicio del cargo de tutor sin procedimiento judicial de recuperación de la capacidad, procedimiento asimilable, en nuestros días, en cuanto a sus requisitos, al necesario para obtener la correspondiente declaración de incapacidad.

El texto D. 26. 1. 6pr (*Ulpianus libro 38 ad Sabinum*).- *Muto itemque mutae impuberibus tutorem dari posse verum est: sed an auctoritas eis accommodari possit, dubitatur. et si potest tacenti, et muto potest. est autem verius, ut iulianus libro vicesimo primo digestorum scripsit, etiam tacentibus auctoritatem posse accommodare*, también de Ulpiano va más allá al considerar que en el caso que el nombramiento recaiga en alguien que tenga la consideración de loco no quiere decir que el nombramiento no sea válido, sino que únicamente podrá hacerse efectivo cuando el mismo recupere la cordura, deviniendo, por tanto, el nombramiento en efectivo de forma automática en cuanto el mismo sane, sin procedimiento judicial alguno, aspecto éste que entra en plena conexión y en relación con D. 26. 1. 6. 2 (ya analizado con profundidad en el apartado 1. 2.- del presente Capítulo), respecto a la innecesaria declaración judicial de incapacidad previa al nombramiento de figura asistencial y en consecuencia tampoco el correspondiente procedimiento declarando la recuperación de la cordura o de la sanación, momento en que dejará de actuar sin más de forma automática la figura asistencial.

No obstante, de las fuentes sí que se deduce la obligación de diligencia del Pretor cuando realiza el nombramiento de la correspondiente figura de guarda respecto a

la necesidad de verificar que la enfermedad mental no es fingida y, por tanto fraudulenta. Vayamos al texto:

*D. 27. 10. 6 (Ulpianus libro 1 de omnibus trib.)- Observare praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimum curatorem det, quoniam plerique vel furorem vel dementiae fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent.*

En este texto Ulpiano recoge el supuesto de quien fingiendo enfermedad mental se hace nombrar curador para eludir responsabilidades civiles; el jurista determina que el Pretor ha de cuidar con especial diligencia la valoración de la necesidad o no de nombramiento de curador, no debiendo por tanto proceder al nombramiento de dicha figura de carácter asistencial de forma temeraria, el Pretor deberá examinar, con carácter previo al nombramiento y con la debida profundidad cada supuesto concreto con la finalidad de ver si concurren en el sujeto los presupuestos necesarios para que su conducta pueda ser calificada de locura o demencia, y así poder nombrar la correspondiente figura de guarda.

Pudiera entenderse que el texto alude a la necesidad de una causa judicial previa que declare la incapacidad por enfermedad mental del sujeto, sin embargo estimamos que no se alude, en puridad, a un procedimiento declarativo, sino que otorga al Pretor un plus de responsabilidad: que reconozca debidamente las circunstancias del sujeto de cuya enfermedad mental se trata para que pueda proceder al nombramiento de curador evitando el fraude. Se trata pues, de la comprobación de presupuestos para que se proceda al nombramiento de curador,

pero no de un procedimiento en el que se proceda a realizar una declaración formal de incapacidad de un determinado sujeto<sup>115</sup>.

Nos gustaría destacar que la figura del curador nombrado para los denominados *furiosi* es la que tiene un origen más antiguo, y venía recogida ya en la ley de las XII Tablas. La función del curador, estaba concebida como un poder que venía referido tanto al *furiosi* como al patrimonio del mismo. En un primer momento únicamente se admitía la curatela legítima, sin embargo, posteriormente con el derecho clásico se admitió la dativa<sup>116</sup>, y aunque en principio no se admitía una auténtica *cura furiosi* testamentaria, el pretor solía confirmar la designación realizada por el testador (D. 27. 10. 16pr.)<sup>117</sup>. Respecto al alcance de los poderes de los *curatores* de los enfermos mentales, señala Volterra<sup>118</sup> que, aquéllos tenían los más amplios poderes de gestión de los bienes de los enfermos, comprendido también el de enajenarlos; mientras que, con posterioridad, fueron también aplicadas a la cura de los *furiosi* las mismas limitaciones que se pusieron la tutela de los impúberes, entre las que se encontraba la prohibición de enajenar inmuebles. La función de los *curatores* de administrar el patrimonio del enfermo mental, estaba configurada por los juristas romanos bajo la figura de la

---

<sup>115</sup> Vid. DILIBERTO, O., *Studi Sulle Origini Della Cura*, cit., p. 10.

<sup>116</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., “Evolución histórica de las instituciones tutelares” en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, (Madrid 1984), pp. 19-53, p. 23.

<sup>117</sup> D. 27. 10. 16pr (*Tryphoninus libro 13 disputationum*).- *Si furioso puberi quamquam maiori annorum uiginti quinque curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris uoluntatem: manet enim ea datio curatoris apud praetorem, ut rescripto diui Marci continetur.*

<sup>118</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones*, cit., pp. 135-136.

*negotiorum gestio*; y de conformidad con esta idea, se podía actuar contra el *curator*, en vía útil, con la *actio negotiorum gestorum*.

En cuanto a las actuaciones que puede o no realizar un *curator* respecto de los bienes del demente es relevante destacar, a tenor de D. 27. 10. 17 (*Gaius libro primo de Manum.*).- *Curator furiosi nullo modo libertatem praestare potest, quod ea res ex administratione non est: nam in tradendo ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertineat: et ideo si donandi causa alienet, neque traditio quicquam valebit, nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione iudicis faciat*, resalta Gayo la imposibilidad, con carácter general, y por tanto, la inmediata invalidez, de los actos de disposición sobre los bienes del loco a título gratuito, mencionando expresamente el supuesto de manumisión de un esclavo propiedad del demente, dado que no se trata de un acto propio de administración puesto que al tratarse de un acto de disposición a título gratuito no se considera que vaya en interés del propio incapaz. Sin embargo, no niega la posibilidad de que el curador, siempre actuando con prudencia, pueda disponer en determinadas ocasiones a título gratuito aunque con determinado condicionants: siempre que al demente le puedan resultar de utilidad y siempre que dicho acto se ponga en conocimiento del juez, aunque no se manifiesta de forma expresa la necesidad de efectiva autorización. Esta cuestión diferiría de lo que ocurre en la actualidad en cuanto para la gran mayoría de actos de disposición de los actos del incapaz resulta necesaria con carácter previo la autorización judicial y no una simple puesta en conocimiento<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> Vid. DILIBERTO, O., *Studi Sulle Origini Della "Cura*, cit., p. 87 y 91.

Otro planteamiento que suscita nuestro interés es qué ocurre cuando en un testamento se nombra a un loco como tutor de alguien, ya que nos hará cuestionarnos si el nombramiento es válido o no, así como las consecuencias que ello pueda conllevar. A este fin nos fijaremos en el contenido de D. 26. 2. 10. 3, ya que se ocupa específicamente de este supuesto. Recordemos, pues el texto:

D. 26. 2. 10. 3 (Ulpianus libro trigesimo sexto ad Sabinum.)- *Si furiosus testamento tutor detur, si quidem, cum furere desierit, tutorem esse recte datum Proculus existimat: quod si datus sit pure, negat Proculus valere dationem. Sed est verius, quod et Pomponius ait, recte videri datum et tunc fore tutorem, cum sapere coeperit.*

En este texto Ulpiano, respecto al supuesto en que un loco sea nombrado tutor en un testamento, a diferencia de lo que afirmaba Paulo en D. 26. 1. 11<sup>120</sup> (texto que ya hemos analizado en páginas anteriores), quien directamente consideraba el nombramiento válido y que lo era para cuando el mismo recuperara la razón, en el texto que ahora analizamos se recogen diversas posturas y opiniones, ya que Ulpiano, al recoger la opinión de Próculo ante el supuesto que nos ocupa, parte de la premisa de que en el testamento se hubiese establecido la prevención de que el nombramiento lo fuera para cuando hubiese alcanzado la cordura (“*Si furiosus testamento tutor detur, si quidem, cum furere desierit, tutorem esse recte datum proculus existimat*”) para considerar válido dicho nombramiento, no considerando válido dicho nombramiento sin esa prevención (“*quod si datus sit pure, negat proculus valere dationem*”), es decir, si el nombramiento de tutor se realiza de

---

<sup>120</sup> D. 26. 1. 11 (PAULUS libro tertio ad Vitellium.)- *Furiosus si tutor datus fuerit, potest intellegi ita dari, cum suae mentis esse coeperit.*

forma pura y simplemente, o lo que es lo mismo sin contemplar la posibilidad de examinar o tener en cuenta la capacidad del nombrado en el momento en el que deba ejercer el cargo. Ahora bien, en caso alguno hace referencia a ningún procedimiento para examinar dicha capacidad, sino que parte del supuesto de hecho tal cual de la existencia o no de la locura o la cordura para que dicho nombramiento resulte o no válido.

En este mismo texto, sin embargo, nos encontramos que Ulpiano, además de recoger la opinión de Próculo como discordante de la suya propia, también hace referencia a la opinión de Pomponio que resulta coincidente con la que el mismo Ulpiano expresa en D. 26. 1. 11 en la medida en que ambos, Ulpiano y Pomponio, se inclinan por considerar válido el nombramiento de un loco como tutor, entendiendo, eso sí, que el nombramiento se diferirá en el tiempo en la medida en que se considera que se efectúa para cuando el mismo haya recuperado la cordura. Es en ese momento en el que el sanado pasará a poder ejercer el cargo de tutor, sin más, y simplemente por haber alcanzado la curación, se aplicará, por tanto, como presupuesto automático el alcance de dicha curación para que pueda comenzar a ejercerse el cargo de tutor por aquel que en un pasado tuvo la consideración de loco o carente de cordura. Tampoco aquí encontramos la mención a la necesidad de proceder a un procedimiento previo alguno por el que se declare que se ha alcanzado la curación para que se pueda llegar a ejercer el cargo de tutor, sino que como hemos indicado, la sanación o curación actuarán como único presupuesto necesario para que el ejercicio del cargo de tutor pueda llegar a materializarse y tendrá lugar de forma automática, sin ninguna otra formalidad.

Lo que también deberá tenerse en cuenta es que, en todo caso, gozará de carácter preferencial las previsiones que vinieran establecidas en las disposiciones testamentarias en la medida en que lo que se pretende, ante todo, es respetar la voluntad del testador, frente a otras posibilidades, de forma que, siempre que lo previsto en el testamento no contravenga el Derecho ni vaya en contra de los intereses de quien deba ser sometido a figura de carácter asistencial, tendrá una aplicación preferente frente a cualquier otra posibilidad.

Así, se otorga, por tanto, y ante todo, aunque siempre con cumplimiento de determinadas premisas, valor preeminente al contenido de lo que viniera establecido en el testamento (C. 5. 28. 2<sup>121</sup>).

#### **1. 4. 3.- La especial relevancia de esta figura del “*prodigus*” en el presente estudio. Origen, concepto y textos de interés**

En cuanto al nacimiento u origen del nombramiento de la figura del curador para el pródigo (*cura prodigi*) al igual que el del *furiosus* (*cura furiosi*) coinciden la mayoría de los autores<sup>122</sup> en afirmar que se remonta, a la época de las XII Tablas, pues ya entonces se establecía el sometimiento de los denominados *furiosi* y los

---

<sup>121</sup> C. 5. 28. 2. *Imperator Antoninus a. Sabiniano.- Etsi a patre tuo testamento iure tutor tibi datus eo tempore, quo heres extitisti, in rebus humanis fuit, tamen codicillis alius tutor recte datus est et uterque propter voluntatem testatoris tutor erit, nisi testamento datum pater alium codicillis dando reprobaverit: tunc enim posterior solus tutor erit* (a 212).

<sup>122</sup> Vid. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado*, cit., p. 137; BETANCOURT, F. *Derecho romano Clásico*, (Sevilla 2001), pp. 451-452; DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus y su condición*, cit., pp. 48-50.



*prodigi* a la institución tutelar de la curatela, si bien, según García-Lubén Barthe<sup>123</sup>, la actuación de los curadores iba encaminada únicamente a la protección del ámbito patrimonial del pródigo o del enfermo mental.

En este punto consideramos relevante considerar el análisis crítico que realiza X. d'Ors<sup>124</sup> que disiente del de la doctrina mayoritaria al cuestionar el origen en las XII Tablas de la institución tutelar para el *prodigus* –y también para el *furiosus*-. Para X. d'Ors la *interdictio bonorum* parece bastante posterior a la ley decenviral y además el simple sometimiento del pródigo a la *potestas* de sus agnados tampoco debe atribuirse a las XII Tablas. X. d'Ors ante un supuesto de *pater familias* pródigo cuestiona si las medidas de protección sobre los pródigos obedecen a razones públicas o políticas, y parece que se inclina por entenderlo más bien como un intento de defensa de las expectativas hereditarias de la descendencia del *pater familias* pródigo en la medida en que para decretar la incapacidad de un *pater familias* se exige que éste, teniendo hijos, dilapidase los *bona paterna avitaque*. Otro de los argumentos que esgrime X. d'Ors en contra del origen decenviral de la incapacidad del pródigo es la absoluta libertad de disposición que originariamente se reconoció a los *cives romani*, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, ya que considera extraña la incapacidad del pródigo con la excusa de defender las expectativas hereditarias de sus hijos, ya que para él resulta contradictorio que un hijo pueda denunciar la prodigalidad de su padre para evitar que siguiera empobreciendo el patrimonio si luego no iba a recibir nada porque así lo hubiera dispuesto el padre.

---

<sup>123</sup> GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacidad por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas*, (Madrid 1999), pp. 18ss.

<sup>124</sup> D'ORS, X., *Una recapitulación*, cit., pp. 140-144.

Para X. d'Ors la idea de la incapacitación por prodigalidad únicamente puede tener justificación en un sistema jurídico que limita la capacidad de disposición del *pater familias* sobre sus propios bienes, por lo que para él la incapacitación del pródigo tiene una justificación jurídica que concuerda con una mentalidad más propia del derecho posterior, en la que se defendería el patrimonio hereditario destinado a los *heredes sui*, por medio de la incapacitación, respecto de los actos de disposición realizados *inter vivos* por el *pater familias*; y por medio de la *querella inofficiosi testamenti*, respecto a los actos de disposición *mortis causa*, cuando el hijo ha sido desheredado o se le ha dejado una cuota insuficiente.

De hecho, X. d'Ors asimila la situación de los pródigos a la de los locos, equiparándola a la de la locura sobrevenida y entendiendo la prodigalidad como un tipo especial de locura no siendo para él incardinable tampoco este supuesto en la ley decenviral. Tanto para uno como para otro supuesto defiende que el régimen tuitivo del patrimonio debió desarrollarse posteriormente, al amparo de la jurisdicción pretoria, mediante el nombramiento de *curatores* encargados de administrar tal patrimonio.

A nuestro entender, si bien la prodigalidad pudiera ser considerada, en cierta medida algún tipo de patología mental, consideramos que dada la especialidad del supuesto la figura del pródigo no debe ser asimilada, en lo que respecta al Derecho romano al supuesto estricto de incapacidad en el que no resulta necesario ningún tipo de declaración de interdicción mediante la que se declare que un determinado sujeto es pródigo, por lo que deberá otorgarse un tratamiento distinto a ambas figuras. En la misma medida nos mostramos más partidados de aceptar las tesis sostenidas por la mayoría de la doctrina que reconocen ya el origen de la

figura del *prodigus* al igual que la del *furiosus* en las XII Tablas, si bien como figuras distintas.

El Digesto se ocupa en su libro XVII, título X que lleva por rúbrica “*Sobre los curadores que hay que nombrar para el loco y otras personas además de los menores*”, parece que en caso de los pródigos, aunque en un principio se introdujo por costumbre el nombramiento de un curador para aquellos que despilfarran el patrimonio propio actuando en perjuicio de sus propios herederos, colocando al pródigo directamente bajo la potestad de los agnados o de los gentiles sin que fuera necesaria la intervención del pretor, sostiene Volterra<sup>125</sup> que, con la Ley de las XII Tablas, se introdujo la necesidad de una declaración previa de incapacidad de una persona para administrar sus bienes por su condición de pródiga, y por tanto, la prohibición de gestionar sus propios bienes, respondiendo a una necesidad puramente práctica, a diferencia de los que se nombran para los “*furiosi*”.

Según la Tabla V. 7. c), cuyo tenor recoge Ulpiano en D. 27. 10. 1pr (*Ulpianus libro 1 ad Sabinum*).- *Lege XII tabularum prodigo interdicatur bonorum suorum administrato [...]*, esto es, ya en la Ley de las XII Tablas, se establecía la posibilidad de privar de la administración de sus bienes a quienes tuvieran la condición de pródigos, a cuyos efectos, y para suplir esta administración debía nombrárseles un curador, nombramiento que deberá recaer en un agnado.

Otro requisito exigido respecto a quiénes podían ser declarados jurídicamente pródigos, lo constituye que se trate de un varón, ciudadano romano, púber y *sui*

---

<sup>125</sup> VOLTERRA, E. *Instituciones, cit.*, pp. 135ss.

*iuris*, así como que fuera respecto de su *pater familias* heredero *ab intestato*, en la medida en que sólo ellos reunían las condiciones necesarias para poder dilapidar sus bienes<sup>126</sup>. Sin embargo, no podían ser declarados pródigos, los ingenuos que hubieren sido instituídos herederos en el testamento de un ascendiente, pues no eran herederos *ab intestato*, sino testamentarios que derrochaban los bienes, ni los libertos que dilapidaban su patrimonio, ya que éstos nunca podían ser llamados a heredar de su padre.

Si bien en la Ley de las XII Tablas el concepto de prodigalidad tenía un carácter más restringido, limitándose únicamente a quien derroche y dilapide el patrimonio familiar recibido por sucesión intestada, posteriormente; en la época clásica, tal concepto se amplía en la medida en que el pretor podía designar, a su elección, un curador dativo u honorario a aquellos pródigos que según el precepto decenviral, no podían ser declarados jurídicamente *prodigi*<sup>127</sup>. Se contempla así, la posibilidad de que puedan ser declarados jurídicamente pródigos los libertos, los esclavos y la mujer que no estuviera sometida a tutela (D. 27. 10. 15pr.)<sup>128</sup>. Igualmente, se extiende a toda conducta que consista en el derroche y dilapidación del patrimonio, con independencia de cuál fuera la naturaleza y procedencia de los bienes dilapidados (D. 27. 10. 1<sup>129</sup> y D. 26. 5. 12. 2<sup>130</sup>).

---

<sup>126</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus, cit.*, pp. 66ss.

<sup>127</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus, cit.*, pp. 81ss.

<sup>128</sup> D. 27. 10. 15pr (*Paulus libro tertio sententiae.*)- *Et mulieri, quae luxuriose uiuit, bonis interdici potest.*

<sup>129</sup> D. 27. 10. 1. 1 (*Ulpianus libro primo ad Sabinum.*)- *Curatio autem eius, cui bonis interdicatur, filio negabatur permittenda: sed extat divi pii rescriptum filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit.*

A decir de Betancourt<sup>131</sup>, mientras las fuentes no nos proporcionaban una definición de loco o demente (*furiosus*), sí lo hacen con respecto al *prodigus* (pródigo) y lo definen como aquella persona que no es capaz de llevar cuenta y límite de sus gastos, sino que se arruina dilapidando y malgastando sus bienes, en particular, en D. 27. 10. 1pr<sup>132</sup> Ulpiano define el *prodigus*, como un hombre que sin limitación de tiempo ni fin para los gastos, consume sus bienes derrochándolos y disipándolos, y de ello, tal como señala Domínguez Tristán<sup>133</sup>, pueden extraerse una serie de notas características: la conducta de la prodigalidad no constituye la realización de meros actos esporádicos, sino una conducta o *habitus*, que se traduce en una serie de gastos, desembolsos y pérdidas, en resumen, en la realización de actos de contenido económico; tales gastos no persiguen una finalidad útil y el resultado de la conducta representada por los gastos referidos es la dilapidación y derroche de los bienes de quien la realiza.

---

<sup>130</sup> D. 26. 5. 12. 2 (*Ulpianus libro tertio de offi. Proconsulis.*)- *Divus pius matris querellam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in haec verba: " non est novum quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur is, deducantur in egestatem. eligendus itaque erit, qui eos consilio regat: nam aequum est prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum".*

<sup>131</sup> BETANCOURT, F. *Derecho romano, cit.*, p. 450.

<sup>132</sup> D. 27. 10. 1pr. (*Ulpianus libro 1 ad Sabinum*).- *Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.*

<sup>133</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus, cit.*, pp. 42ss.

La definición que Cicerón<sup>134</sup> y Lactancio<sup>135</sup> realizan del pródigo se fundamenta en colocarlo en contraposición al liberal. Ambos coinciden prácticamente a la hora de realizar la distinción entre ambas conductas. Así, según señala Domínguez Tristán<sup>136</sup>, para Cicerón hay dos tipos de generosos: los pródigos y los liberales. Ambos sujetos gastan su dinero en abundancia, pero sin embargo, mientras los pródigos derrochan su dinero, es decir, gastan su patrimonio en cosas de las cuales queda una breve memoria o no queda recuerdo (por ej, en banquetes, distribuciones de viandas, espectáculos de gladiadores, representaciones escénicas y cacerías,..), los liberales son los que con sus medios rescatan a los secuestrados por bandidos, o se responsabilizan de las deudas de sus amigos, o los ayudan a dotar a sus hijas o los auxilian a formar una fortuna o a aumentarla. Como vemos, las conductas del pródigo y la del liberal difieren. El pródigo es aquél que gasta su patrimonio en cosas efímeras en el tiempo y que derrocha sin medida sus bienes. El pródigo, por una parte realiza gastos inútiles, injustificados, carentes de fundamento y por otra, consume su patrimonio sin moderación, sin límites, lo que

---

<sup>134</sup> CIC. *de Off.*, 2. 16: *Omnio duo sunt genera largorum, quorum alteri prodigi, alteri liberales; prodigi, qui epulis et viscerationibus et gladiatorum muneribus ludorum venationimque apparatu pecunias profundunt in eas res, quarum memoriam aut brevem aut nullam omniosin relicturi, liberales autem, qui suis facultatibus auto captos a praedonibus redimunt, aut eaes alienum suscipiunt amicorum aut i filirum collocacione adiuvant aut opitulantur vel in re quaerenda vel augenda; y Vid. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus, cit.*, p. 43*

<sup>135</sup> LACTANCIO, *Instituciones Divinae* 6,17: *Ita liberalem distingunt a prodigo, quod is liberalis sit, que et bene meritis, et cum oportet, et quantum satis est, lagiatur, prodigo vero, qui et non meritis et cum opus non est sine respectu rei familiaris offuntat*”.

<sup>136</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus, cit.* pp. 43 y 44.

denota una conducta irreflexiva e inmoderada. Pfaff<sup>137</sup> opina que las descripciones de Cicerón- *De Officiis* 2. 16<sup>138</sup>- respecto al *prodigus*, revelan claramente que el comportamiento de éste era considerado inmoral y deshonesto, pero no el de un enajenado. Asimismo, señala que de las fuentes jurídicas también se desprende que la conducta del *prodigus* no sólo era considerada inmoral, y deshonesto, sino también contraria a las buenas costumbres.

Por su parte, el liberal es aquel que realiza gastos serios, útiles, que persiguen una finalidad noble, acorde con las buenas costumbres, y que utiliza su recto juicio en ellos, de manera que se caracterizan por ser moderadas y ponderadas. Lactancio extrae las diferencias entre el pródigo y el liberal partiendo de una serie de aspectos relativos a la naturaleza de su actuación en el ámbito económico: la conducta, su finalidad, el tiempo y la cuantía; así, para Lactancio, pródigo es quien derrocha en cosas que no lo merecen, cuando no es necesario y sin tener en consideración el patrimonio familiar a diferencia del liberal, que gasta generosamente, en cosas que sí lo merecen, cuando es debido y únicamente lo que es suficiente<sup>139</sup>.

Así pues, Ulpiano, Cicerón y Lactancio, sustentan la definición de la condición de prodigalidad en una conducta económica habitual que viene caracterizada en atención a la finalidad y desmedida del gasto. Según señala Rotondi<sup>140</sup>, se trata

---

<sup>137</sup> PFAFF, I., *Zur Geschichte der Prodigalitätserklärung*, (Wien 1911) p. 27-28.

<sup>138</sup> CIC., *de Off.*, 2.16.- *qui epullis et viscerationibus et gladiatorum muneribus ludorum venationumque apparatu.*

<sup>139</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus*, *cit.* pp. 43 y ss.

<sup>140</sup> ROTONDI, G., “Note sull’ istituto della inhabilitazione del prodigo”, en *Scritti*, vol. III, (Milano 1992), pp. 307-315, pp. 314 y 315.

de gastos inútiles, injustificados, que no deben confundirse con las especulaciones equivocadas o con la falta de una administración correcta.

Otra de las características de la conducta económica habitual del pródigo se mide por la medida o cuantía del gasto, porque el pródigo derrocha (lo que implica que consume, pierde, disminuye) sus bienes sin moderación, de forma ilimitada. Por tanto, lo que caracteriza la conducta del pródigo es que la misma genera una situación de peligro objetivo para con su patrimonio, resultando trascendental cuán ingente sea éste para ser declarado jurídicamente pródigo<sup>141</sup>.

La conducta de la prodigalidad ha de constituir un verdadero peligro para el patrimonio, sin que se exija la ruina efectiva o próxima del patrimonio, sino que dicha conducta revele que ese sería el resultado que se produciría si no se pusiera fin a la misma, y serán estos actos los que constituirán presupuestos necesarios y suficientes para que se pueda proceder al pronunciamiento del decreto de interdicción.

El concepto de prodigalidad, como afirma Glück<sup>142</sup>, es relativo, ya que se asienta en la propia condición económica del individuo, y por ello puede ocurrir que dos personas observen una misma conducta respecto a su patrimonio y, sin embargo, sólo una de ellas merezca la calificación de *prodigus*. En definitiva, la relatividad del concepto de pródigo es la que determina que el juzgar si un determinado individuo debe ser declarado jurídicamente *prodigus* no pueda ser un acto de reflexión legislativa, sino sólo un acto de decisión judicial.

---

<sup>141</sup> Según sostiene DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus, cit.*, pp. 46 y 47.

<sup>142</sup> GLUCK, F., *Commentario alle Padette, lib. XXVII* (trad. y anotado por G. Baviera y C. Longo), (Milano 1908) p. 767.



Supone pues, esta una de las principales diferencias entre la figura del pródigo y la de cualquier otro supuesto de incapacidad, en la medida en que para en el caso del pródigo sí se habla de un previa declaración de prodigalidad, que se asemejaría más a la declaración previa de incapacidad que contempla nuestro ordenamiento jurídico actual.

Como pone de relieve Domínguez Tristán<sup>143</sup> la prodigalidad no puede ser confundida con la locura o enfermedad mental, ya que ésta supone un debilitamiento de la facultad intelectual y volitiva, mientras que la prodigalidad es una conducta externa que únicamente se manifiesta a través de actos de contenido económico, de los que derivan consecuencias negativas para el patrimonio. No en vano Ulpiano en D. 27. 10. 1pr., ofrece una visión objetiva de la prodigalidad, no tiene en cuenta el móvil o la causa subjetiva que motiva tal conducta económica, sino sólo las consecuencias negativas perjudiciales que se derivan. Tal como dice Rotondi<sup>144</sup>, esto no significa que la causa última de tal comportamiento no pueda ser un defecto o vicio de la voluntad, pero ello no es motivación suficiente para que la prodigalidad quede subsumida en el concepto de enfermedad mental general, pues si bien el pródigo, en lo que respecta a su patrimonio observa una conducta irreflexiva, el Derecho no atiende a la causa subjetiva que motiva tal conducta económica, sino sólo a sus consecuencias negativas.

Detengámonos en el texto de Ulpiano con mayor profundidad y de forma completa:

---

<sup>143</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus, cit.*, p.48.

<sup>144</sup> ROTONDI, G., “Note sull’istituto, *cit.*”, p. 313.

D. 27. 10. 1pr (*Ulpianus 1 ad Sab.*).- *Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.*

Establece este texto que la privación de la administración de los bienes del pródigo, en un principio se estableció, por costumbre, pero posteriormente son los Pretores y los Gobernadores quienes nombrarán un curador, de forma similar al caso de los dementes, para aquellos que dilapiden y malgasten sus bienes, con la finalidad de impedir que se arruinen. Es más, en cuanto unos alcanzan la curación y los otros las buenas costumbres cesa la función del curador de forma automática, sin que sea necesaria la previa declaración de recuperación de la cordura o de las buenas costumbres, circunstancia ésta que lo diferencia de nuestro derecho actual, que requiere una resolución judicial previa tanto para la declaración de la incapacidad y nombramiento de curador o de alguna de las figuras de la institución tutelar como para la declaración de recuperación de la capacidad y por tanto el cese en sus funciones del tutor o curador.

Pero abundemos un poco más, en el texto pueden distinguirse una primera parte que comprende desde *Lege duodecim tabularum (...)* hasta *(...) introductum est (...)*, en la que se señala a la costumbre como la forma o manera de proceder mediante la que se procedía a la privación al pródigo de la administración de sus bienes, con lo que puede llegar a presumirse la carencia de formalidad alguna,

asumiéndose como consustancial a la condición de pródigo la privación al mismo de la administración de sus bienes en la época de las Doce Tablas, aunque a este respecto deberán tenerse en cuenta las matizaciones y apreciaciones que iremos realizando a continuación.

La segunda cuestión se aborda en: (...) *Sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi* (...), se explica a quién corresponde el nombramiento de curador que se nombra para aquél que no es capaz de llevar a cabo la administración de sus propios bienes de manera diligente, esto es, guardando un equilibrio entre el importe de los gastos que se efectúen, la frecuencia de los mismos y la justificación de tales gastos, de forma tal que resulta arruinándose al malgastar sin motivo y de forma desordenada; dicho nombramiento se llevará a cabo por los Pretores y por los Gobernadores. A continuación, equiparando las figuras del pródigo y la del loco - *curatorem ei dare exemplo furiosi*- considera Ulpiano que ninguno de ellos es capaz por sí mismo de administrar sus propios bienes, aunque, cada uno de ellos lo sea por orígenes distintos, lo bien cierto es que ambos se convierten en incapaces por sí mismos cuando incurren en una u otra conducta, esto es, la dilapidación de sus bienes o la falta de cordura, la pérdida de la salud mental, aunque con procedimientos distintos en uno y otro supuesto, ya que mientras para el demente no se requiere interdicción para el pródigo sí, es esta la diferencia esencial: para el pródigo se necesita un proceso concreto de prohibición, de interdicción.

Ulpiano distingue en la última parte del texto, *-et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum-*, que quienes estén bajo la protección de dicha figura de carácter asistencial como es la curatela, no considera que deban estarlo de forma permanente, contemplando la posibilidad de que dejen de estarlo únicamente con la simple recuperación de las buenas costumbres, en el caso del pródigo, o bien con la sanación o recuperación de la cordura, en el caso del loco, especificando que “ *quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum*”, es decir, con el simple cumplimiento de la premisa de la recuperación de las facultades se les reconoce la plena capacidad sin más y por lo tanto deja de actuar la figura asistencial, no estableciendo, por tanto, más complejidad ni formalidad, no precisa en modo alguno de procedimiento mediante el que se les retorne su capacidad, ya que la recuperan *ipso iure*, y de la misma forma dejan de estar bajo la potestad de los curadores.

Lo relevante del texto, en lo que a nosotros interesa es el giro *prodigo interdicitur bonorum suorum administratio*. Domínguez Tristán<sup>145</sup> siguiendo a de Visscher recoge las dificultades que plantea la relación entre necesidad de interdicción y curatela que residen, básicamente, en la oscuridad que existe en las fuentes jurídicas respecto al origen y fundamento de aquella interdicción.

---

<sup>145</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigo y su condición jurídica, cit.*, p. 55.

Se duda sobre el origen legal o consuetudinario de la interdicción, así como la posible contradicción existente entre D. 27. 10. 1pr, y Paul. Sent. 3.4a.7<sup>146</sup> –poner el texto-. Domínguez Tristán siguiendo a Pfaff<sup>147</sup> apunta las diferentes posiciones: aquellos que defienden el origen legal de la interdicción; los que postulan su origen consuetudinario distinguiendo a su vez entre los que piensan en un derecho consuetudinario anterior a las XII Tablas y los que sostienen una formación consuetudinaria posterior a ellas; y, por último, quienes consideran que la interdicción habría sido introducida por la costumbre y posteriormente sancionada por las XII Tablas.

De entre todos, Franciosi<sup>148</sup>, sostiene que sobre el plano histórico no existe un contraste tan acentuado entre D. 27. 10. 1pr y Paul. Sent. 3.4a.7, pues sólo a partir de una cierta época pudo quedar bajo la *cognitio* pretoria la constatación del estado de prodigalidad, dado que la interdicción o prohibición en época más antigua debió corresponder a las competencias del grupo familiar o gentilicio. Del mismo modo Tomulescu<sup>149</sup>, considera que no existe contradicción alguna entre ambos textos, ya que Ulpiano se refiere a la reforma del pretor que ha elaborado la fórmula del decreto de interdicción, es decir, Ulpiano alude en D. 27. 10. 1pr a la costumbre anterior a la ley decenviral, mientras que Paulo entiende por *moribus*

---

<sup>146</sup> *Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tibi bona paterna abitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re <aere?> commerciaque interdico.*

<sup>147</sup> PFAFF, I., *Zur Geschichte der Prodigalitätserklärung*, (Wien 1911), p. 8-9.

<sup>148</sup> FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*, (Torino 1989), pp. 99-100.

<sup>149</sup> TOMULESCU, C. “St. Justinien et les prodigues (Quelques problèmes)”, AAC 1 (1975), pp. 377-389, p. 385, n. 10.

la costumbre posterior a esta ley. A su juicio, este doble sentido de *mores* se puede encontrar también en otros textos, de los que nosotros no nos vamos a ocupar por escaparse al objetivo de nuestro estudio.

Para Domínguez Tristán, que como nosotros, comparte en esta materia la tesis de Solazzi<sup>150</sup>, resulta decisivo el argumento central de dicho autor, según el cual, si la Ley de las XII Tablas hubiera dispuesto únicamente la curatela, sin contemplar nada más, el Pretor se habría limitado a extenderla a todos los pródigos, sometiendo a curatela dativa a aquéllos supuestos que no quedaban comprendidos en la ley, pero no habría tenido necesidad de introducir una nueva institución como la interdicción. Como declara Solazzi, resulta inverosímil pensar que el Pretor hubiera creado un doble sistema –curatela e interdicción– para determinados pródigos, ante la dificultad de generalizar la medida en que la ley de las XII Tablas habría dispuesto sólo para algunos pródigos. Dicho razonamiento es más fuerte que el argumento exegético, pues éste se ve debilitado, a su juicio, por la sospecha de que la expresión *cui lege bonis interdictum est* no sea genuina, y porque tratándose de establecer la evolución de una institución, puede y debe también iluminar la evolución de otras instituciones análogas en el Derecho romano. Solazzi concluye, que el desarrollo histórico más natural implica que la interdicción tuvo que ser extendida del sistema legal al sistema pretorio. Así pues, y al margen de otras cuestiones, lo que las fuentes permiten afirmar con seguridad es que la interdicción se remonta a una época decenviral.

---

<sup>150</sup> SOLAZZI, S. “Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII Tavole”, *Studi in onore di Pietro Bonfante*, vol. 1, (Napoli 1928), pp. 47-69, p.50, 65 y 66.

Por cuanto respecta al significado de *prodigus*, Domínguez Tristán<sup>151</sup> realiza un minucioso análisis el que pone de relieve que el uso del verbo *prodigo* en las fuentes jurídicas es excepcional; dicha excepcionalidad podría obedecer a que la delimitación de los presupuestos o elementos que debían concurrir para que una persona pudiera ser considerada jurídicamente *prodigus* no habría sido tratada por los *iurisprudentes*, de forma que la falta de definiciones o descripciones de la conducta de prodigalidad en las fuentes jurídicas justificarían la no utilización de dicho verbo que ya encierra en sí mismo el significado usual de tal comportamiento, esto es derrochar, dilapidar, disipar, esto es, el verbo *pródigo* no llegó a asumir un sentido técnico-jurídico propio y distinto, así como la existencia de una rica gama de vocablos que comunicarían el mismo significado (*absumo, consumo, dilapido, dilacero, disperdo, disipo, effundo, profundo,...*) y cuyo uso en el plano jurídico es mucho más frecuente que el de *prodigus*.

---

<sup>151</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus, cit.*, pp. 29 y 30, según la autora, el verbo *prodigo* únicamente había sido utilizado en las fuentes en tres ocasiones, concretamente en D. 1. 18. 18 (*Modestinus libro 5 reg.*)- *Plebiscito continetur, ut ne quis praesidium munus donum caperet nisi esculentum potulentumve, quod intra dies proximos prodigatur*; D. 38. 5. 1. 16 (*Ulpianus libro 44 ad edictum*)- *Sed si forte et res vilis distracta sit et pretium alii donatum, uterque faviano iudicio convenietur et qui vili emit et qui pecuniam accepit muneri. is tamen qui emit si malit rem restituere, non alias restituet, quam si pretium quod numeravit recipiat. quid ergo, si delegatus emptor solvit ei cui donabat libertus, an nihilo minus reciperaret? et magis est, ut reciperare debeat, licet pretium ad alium pervenit, qui solvendo non est: nam et si acceptum pretium libertus prodegisset, diceremus nihilo minus eum qui dedit recipere debere, si velit ab emptione disceder*, y D. 38. 5. 1. 17 (*Ulpianus 44 ad ed.*)- *Si mutuam pecuniam libertus in fraudem patroni acceperit, an faviana locum habeat, videamus. et quod remedium in hoc est? accepit mutuam: si quod accepit donavit, convenit eum patronus cui donavit libertus: sed accepit et prodegit: non debet perdere qui mutuum dedit, nec ei imputari, cur dedi*

El último de los factores que menciona Domínguez Tristán, es el que nos resulta más interesante en el presente estudio, ya que señala que parece lógico pensar que en los poquísimos textos jurídicos (D. 27. 10. 1pr, D. 26. 5. 12. 2; y Paul. Sent. 3.4A.7<sup>152</sup>) en que se intentan fijar los presupuestos que deben concurrir para que una persona pueda ser declarada jurídicamente pródiga, el empleo del verbo *prodigo* habría sido inadecuado para tal propósito y, que, por ello el jurista utiliza otros verbos<sup>153</sup> que, revistiendo el mismo sentido, resultan mucho más esclarecedores.

Domínguez Tristán<sup>154</sup>, señala además que el vocablo *prodigus* aparece vinculado con frecuencia a los términos *cura*, *curatio*, *curator*, y en todos esos casos tendrá un significado jurídico; que en algunos textos, el término *prodigus*, aparece junto a proposiciones lingüísticas de matiz procesal, tales como *cui (lege) bonis interdictum est*, *cui bonorum suorum administratio interdicta est*, o similares. Y dichas expresiones no vienen sino a precisar, en definitiva, el significado jurídico de *prodigus*, del que precisa además que es aquél sobre cuyos bienes se ha pronunciado la interdicción<sup>155</sup>; de hecho, afirma Domínguez Tristán que el hecho de que en algunos textos se una a *prodigus* la proposición *cui (lege) bonis*

---

<sup>152</sup> Recordemos el texto: *Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tibi bona paterna abitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re <aere?> commerciaque interdico.*

<sup>153</sup> Los verbos que se emplean en los textos son los siguientes: D. 27. 10. 1pr: ... *sed bona sua dilacerando et disperdendo profudit...*; en Paul. Sent. 3. 4A. 7, *Quando tibi bona paterna nequitia tua disperdis...*

<sup>154</sup> Vid. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus*, cit., p. 35-36.

<sup>155</sup> Mientras que, hay autores, como DE DOMINICIS, *Punti di vista vecchi e nuovi in tema di foti postclassiche (Occidente ed Oriente)*, *Studi in onore di Biondi*, (Milano 1965), pp. 217-249, p. 651, que se pronuncian en sentido contrario.



*interdictum est*, permite afirmar que siempre que aparece esta expresión en las fuentes jurídicas, designa exclusivamente al *prodigus*, en sentido jurídico, esto es, cuando aparece vinculado a la curatela o al curador, en cuyo caso la curatela del pródigo presupone la interdicción de sus bienes<sup>156</sup>.

Esta interdicción<sup>157</sup>, que pronunciaba el pretor, alcanzaba a todo el patrimonio, tanto presente como futuro, del pródigo y tenía como finalidad prohibir al pródigo la enajenación de su patrimonio, esto es, privarle de la legitimación necesaria para disponer del mismo. El pretor pronuncia la interdicción sobre los bienes del pródigo con independencia de que éste quede sometido a curatela legítima o dativa. La interdicción, aunque la antigua fórmula del decreto prohibiese literalmente el *aere commercioque* alcanzó, sin excepción a todos los modos de enajenar y de asumir obligaciones reconocidas más tarde, pues la expresión *commercium* contenida en Paul. Sent. 3.4a.7 es una expresión arcaica<sup>158</sup> y Juliano en D. 27. 10. 10pr sustituye el *abstractum* (prohibición del *commercium*) por el *concertum* más significativo (*deminutio interdicta*).

Por tanto, lo verdaderamente relevante es la expresa mención que las fuentes que realizan respecto a existencia de un procedimiento cuyo fin era declarar a alguien jurídicamente pródigo, cuestión que difiere del supuesto del enfermo mental en el

---

<sup>156</sup> Si bien esta última afirmación tampoco ha sido una cuestión pacífica, ya que algunos autores sostienen que en una primera época no habría tenido lugar la interdicción sobre los bienes del pródigo. Otros autores afirman que la interdicción no se había pronunciado sobre los bienes de los pródigos que quedaban sometidos a curatela dativa, tal como pone de relieve DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus y su condición jurídica*, cit., p. 36.

<sup>157</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus y su condición jurídica*, cit., p. 104.

<sup>158</sup> Así se pronuncia KRÜGER, H., “Recens. Adrien Audibert, Etudes sur l’histoire du droit romain”. *I. La folie et la prodigalité*. (París 1892), SZ 14 (1983), pp. 260-274, p. 273.

que dicho procedimiento no parece necesario, pues el simple presupuesto de hecho de la ocurrencia de la locura o enfermedad mental en una persona era por sí misma suficiente, para que se le considerara incapaz, no requería declaración previa, y menos aún judicial, para que pudieran entrar en funcionamiento los mecanismos asistenciales.

En efecto, en D. 26. 5. 12. 2 donde Ulpiano recoge el supuesto del nombramiento de curador para un pródigo a solicitud de su madre -D. 26. 5. 12. 2 (*Ulpianus libro 3 de off. proconsulis.*)- *Diuus Pius matris querellam de filiis prodigis admisit, ut curatorem accipiant, in haec uerba: “Non est nouum quosdam, etsi mentis suae uidebuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subueniatur is, deducantur in egestatem. Eligendus itaque erit, qui eos consilio regat: nam aequum est prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt” exitum-*, se contempla la posibilidad, que la madre de quien pareciendo estar sano realice conductas propias de la prodigalidad, solicite el nombramiento de curador para su hijo con el fin de evitar que el mismo pueda caer en la indigencia, en particular, Ulpiano invocando al emperador Antonino Pío en un supuesto determinado en el que atendió la solicitud de una madre a fin de que se nombrara curador para sus hijos pródigos, ampara la posibilidad de nombramiento de la figura asistencial, en este caso de un curador, para quiénes aparentemente estén mentalmente sanos, pero sin embargo, no sean capaces de administrar sus propios bienes, de la opinión de Antonino Pío recogida por Ulpiano se percibe una modulación en la capacidad o incapacidad de una determinada persona, ya que no parece que Antonino Pío la considere inhabilitada para todo tipo de actos, sino sólo para los que afectan a la administración de sus

bienes, al tiempo que tampoco considera a quienes incurran en tales conductas deban ser calificadas de dementes sino que simplemente ofrecen una conducta desordenada en lo relativo a la administración de sus bienes, esto es, el pródigo no es un enfermo mental. Lo que sí es palmario, tal y como afirma Domínguez Tristán<sup>159</sup>, es que la conducta de prodigalidad ha de constituir un verdadero peligro para el patrimonio sin que se exija la ruina efectiva o próxima del patrimonio, basta con que el pródigo realice gastos que no guarden proporción con la medida de su patrimonio ni con los rendimientos que del mismo pueden derivarse, y que tal conducta desmesurada lo coloque en una situación de peligro. En efecto, Domínguez Tristán<sup>160</sup>, siguiendo a Denburg, manifiesta que la prodigalidad presupone una desconsiderada disipación del patrimonio, de tal forma que llegue a temerse la pobreza- *vid.* D. 27. 10. 1pr, D. 26. 5. 12. 2 y *Paul. Sent.* 3.4a.7 al referirse a la conducta de prodigalidad que debe observarse para que proceda el pronunciamiento del decreto de interdicción: *liberosque tuos ad egestatem perducis-*. Glück<sup>161</sup> se pronuncia en la misma línea al afirmar que el concepto de pródigo dado por Ulpiano en D. 27. 10. 1pr., presupone un hábito de naturaleza desmesurada que no está en proporción con el patrimonio ni los rendimientos que el mismo puede producir y que, por ello, si no se le pusiere término a dicha conducta necesariamente se conduciría el patrimonio a la ruina.

---

<sup>159</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus y su condición jurídica*, *cit.*, pp. 46-48.

<sup>160</sup> DERNBURG, A., *Pandette, I-1ª (parte generale)*, primera traducc. Italiana de la 6ª ed. alemana por Francesco Bernardino Cicala, (Torino 1906), pp. 157-158.

<sup>161</sup> GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette, lib XXVII* (trad. y anotado por G. Baviera y C. Longo), (Milano 1908), p. 763.

Igualmente Rotondi<sup>162</sup> destaca que debe tratarse de gastos desproporcionados respecto al patrimonio, tales que pongan en peligro la posición patrimonial.

Además, no se debe olvidar que la prodigalidad constituye una conducta contraria a los *boni mores* y, por ello, socialmente reprobable.

Tal y como pone de manifiesto Volterra<sup>163</sup> al comparar la *cura* del *furiosus* con la del *prodigi*, si bien en ambos casos la función de *curator* estaba encaminada a la administración de los bienes del incapaz, en el caso del pródigo el autor señala, siguiendo la interpretación de las fuentes, que debía existir un acto de prohibición de gestión de sus propios bienes (*bonis interdicere*) para que la persona *sui iuris* fuera jurídicamente incapaz de actuar en cuanto pródigo, en particular, Volterra afirma expresamente que el principio de la incapacidad de actuar del pródigo encuentra su fundamento en un acto del magistrado, a diferencia de la incapacidad del *furiosus*, que tiene lugar apenas se manifiesta la enfermedad mental y responde a una necesidad práctica. Y añade que, como no existen criterios absolutos para determinar cuándo un individuo realiza actos de prodigalidad sobre su patrimonio, la valoración de tal comportamiento corresponde al magistrado.

Continúa aseverando Volterra que el acto de declarar jurídicamente incapaz al pródigo era llevado a cabo, en el Derecho clásico por un *decretum* del tutor que prohibía al pródigo la administración de los propios bienes y del *commercium*; se supone que antiguamente la prohibición fuera decidida por los propios agnados y gentiles; además la *cura* originariamente era legítima, es decir, la administración de los bienes de un pródigo, que no tuviera *custos*, correspondía a los agnados y a

---

<sup>162</sup> Vid. ROTONDI, G., *Note sull'istituto, cit.*, p. 46.

<sup>163</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado, cit.*, p. 137.

los gentiles; presumiblemente la familia pondría al pródigo directamente bajo su *potestas* sin necesidad de la intervención del pretor. Posteriormente, el pretor se atribuyó la facultad de sancionar con un decreto de interdicción por prodigalidad tanto al heredero testamentario como al esclavo manumitido, que no puede tener agnados ni gentiles, y que, por tanto, no cabía más que nombrarles un *curator*. Más tarde se admitió que el *paterfamilias* pudiera designar al pródigo un *curator* que, igualmente, debía ser nombrado siempre por el pretor, previo decreto de interdicción.

Ello es así porque en un principio, el cuidado de los agnados y de los gentiles se aplicaba sólo a aquellos que de despilfarraban bienes recibidos *ab intestato* de los propios ascendentes, de forma que dicho cuidado no podía aplicarse al heredero testamentario, en cuanto que se consideraba que el *paterfamilias*, al instituirlo heredero, le había reconocido capaz de administrar bien los propios bienes.

Debemos tener en cuenta, tal y como apuntan Volterra<sup>164</sup> y Betancourt<sup>165</sup>, el pródigo no era considerado totalmente incapaz; en la medida en que podía realizar válidamente los actos que mejoraban su condición patrimonial (v. gr. aceptar una herencia, un legado, una donación, etc...), pero no podía realizar los actos que empeoraban su condición; podía contraer matrimonio, pero no podía hacer testamento -en el Derecho antiguo, en cuanto que le estaba prohibido hablar en público; en Derecho Clásico, a causa de la prohibición del *commercium*-.

Así, mientras en relación con el discapacitado psíquico (*furiosus*) el *curator* actúa en su lugar y de forma continua, la actuación del *curator prodigi* se limita

---

<sup>164</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado, cit.*, p. 137.

<sup>165</sup> BETANCOURT, F., *Derecho romano, cit.*, p. 452.

únicamente a aquellos actos jurídicos de disposición *inter vivos* o a aquellos actos jurídicos del pródigo que supongan un detrimento patrimonial<sup>166</sup>, no en cambio en aquellos actos que supongan un incremento patrimonial<sup>167</sup>.

Ahora bien, tanto la administración del *curator* del pródigo como la del enfermo mental estaban configuradas por los juristas bajo la figura de la *negotiorum gestio*<sup>168</sup>, y en ambos supuestos (prodigalidad y enfermedad mental), se podrá ejercitar la *actio negotiorum gestorum*, en vía directa cuando es el pupilo quien la ejercita frente al curador para exigirle responsabilidad patrimonial al gestor, y en vía contraria cuando es el curador quien la ejercita frente al pupilo, por el detrimento patrimonial propio que le pueda haber causado la gestión del negocio o negocios y, por tanto, para exigir indemnización patrimonial por los gastos que le causó la gestión.

El momento del cese de la *cura* se determinaba bien con la muerte del pródigo o bien cuando éste dejaba de ser tal, es decir, cuando recuperaba las buenas costumbres. Ahora bien, en qué momento y con qué formalidades debía considerarse que quien había sido declarado pródigo había recuperado las buenas costumbres, tal como pone de manifiesto Guilarte Martín-Calero<sup>169</sup>, la doctrina se plantea si es necesaria una decisión judicial que levante la interdicción o si es suficiente que que el pródigo reconduzca su comportamiento. Para

---

<sup>166</sup> BETANCOURT, F., *Derecho romano, cit.*, p. 452.

<sup>167</sup> En la misma línea se pronuncia GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema, cit.*, pp. 17-22.

<sup>168</sup> BETANCOURT, F., *Derecho romano, cit.*, p. 454.

<sup>169</sup> Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La curatela en el nuevo sistema de capacidad, cit.*, p. 21.

Girard<sup>170</sup>, del mismo modo que el sometimiento a curatela del pródigo se efectúa en virtud de decreto, para la extinción de la misma será necesario un pronunciamiento del magistrado que revoque la *interdictio* inicial. Mientras que, en diferente sentido se pronuncia Audibert<sup>171</sup>, quien asevera que tanto en la prodigalidad como en la locura los poderes del curador terminan con el retorno del loco a la razón y la del pródigo a un género de vida razonable. La mayoría de la doctrina se muestra más proclive a defender la postura mantenida por Girard, y por tanto, rechaza que el prodigo pueda, por un simple cambio en su conducta y sin intervención del magistrado, recobrar su capacidad si más. Por tanto, se trata de una figura más cercana y acorde con la noción de incapacidad tal y como se concibe por nuestro ordenamiento jurídico actual en el que no se admite considerar a una persona como incapaz sin el pertinente y preceptivo procedimiento judicial de incapacidad.

D. 27. 10. 15pr, que se ocupa de la privación de la administración de los bienes a la mujer que vive con excesivo lujo, supuesto puede entenderse como un específico supuesto de prodigalidad. Vayamos al texto:

D. 27. 10. 15pr (*Paulus libro 3 sentent.*).- *Et mulieri, quae luxuriose vivit, bonis interdici potest.*

Paulo hace una clara referencia a la figura del pródigo al referirse a la interdicción del patrimonio, aunque lo que llama la atención es que la conducta de la prodigalidad recae en una mujer. La conducta de prodigalidad se preconiza de

---

<sup>170</sup> GIRARD, P. F., *Manuel Elementaire de Droit Romain*, (Paris 1924), p. 236.

<sup>171</sup> AUDIBERT, A., “Essai sur l’histoire de l’interdiction et de la curatelle des prodigue en Droit Romain”, *NRH* 14 (Lausanne 1890) pp. 532-533.

aquellas personas, con independencia de su sexo, que incurran en conductas que describan excesivos gastos, falta de justificación de estos, etc... que puedan llegar a poner en peligro el patrimonio propio e incluso el familiar. Es en estos supuestos en los que va a poder privárseles de la administración de sus bienes procediendo a nombrarse una figura de carácter asistencial que se ocupe de la gestión del patrimonio de quien incurre en este tipo de conductas.

El diferente tratamiento entre la curatela de los pródigos y la de los enfermos mentales viene reflejada en la comparativa entre D. 27. 10. 16pr, referido a los supuestos de nombramiento en testamento de curador para un hijo loco y D. 27. 10. 16. 1 para el caso de la prodigalidad de un hijo-. En D. 27. 10. 16pr. (*Tryphonus libro 13 disputationum*).- *Si furioso puberi quamquam maiori annorum viginti quinque curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris voluntatem: manet enim ea datio curatoris apud praetorem, ut rescripto Divi Marci continetur*, en el pasaje Tryphonus, siguiendo un rescripto de Marco Aurelio, contempla la posibilidad de que el nombramiento de curador para un enfermo mental se efectúe a través de disposición testamentaria por parte de su *pater familias*, bien entendido que dicho nombramiento deberá efectuarse por el pretor respondiendo a la voluntad del padre difunto. Como bien afirma Domínguez Tristán<sup>172</sup>., el texto no hace sino contemplar la posibilidad de designación de persona concreta para el cargo de tutor o curador mediante disposición testamentaria, si bien sujeta a que dicho nombramiento se formalice por el pretor. Igualmente, del pasaje no parece desprenderse mayor formalidad para proceder al nombramiento de tutor o curador para el loco, como es habitual,

---

<sup>172</sup> DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. *El prodigus y su condición jurídica, cit.*, pp. 96 y 178.



no hay referencia a procedimiento previo alguno mediante el que se deba declarar que alguien padece una enfermedad mental y como tal se le declare incapaz, muy al contrario, el simple presupuesto de hecho de la locura ratifica su consideración de incapaz *ipso iure*, y por tanto de nombramiento de tutor o curador para el mismo, en este caso, a propuesta del padre del incapaz mediante su testamento.

El supuesto de nombramiento de curador testamentario por parte del pater familias para su hijo pródigo viene contemplado en D. 27. 10. 16. 1 (*Tryphonus libro 13 disputationum*).- *His consequens est, ut et si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem eius sequi debeat praetor eumque dare curatorem. Sed utrum omnimodo, an ita, si futurum esset, ut, nisi pater aliquid testamento cavisset, praetor ei bonis interdicturus esset? et maxime si filios habeat iste prodigus?*, como en D. 27. 10. 16pr se contempla la elección del cargo de tutor o de curador para un hijo incapaz por parte su *pater familias* que será ratificada por el nombramiento como tal por parte del pretor<sup>173</sup>. Ahora bien, en D. 27. 10. 16. 1 el jurista se plantea si la elección que un padre efectúe para con su hijo pródigo debe respetarse en cualquier supuesto o si únicamente deberá proceder el pretor a respetar la voluntad del padre en los supuestos en los que él mismo hubiera de proceder a privar al hijo de la administración de sus bienes así como en los supuestos en los que el padre no hubiera dispuesto algo distinto en su testamento; se pregunta también el jurista si hay que respetar o no la voluntad del padre en el caso en el que el pródigo tuviera hijos. Estas cuestiones, de momento, quedan sin respuesta, debemos revisar los textos siguientes, en particular, D. 27. 10. 16. 2 y 3.

Vayamos al primero de ellos:

---

<sup>173</sup> Vid. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus, cit.*, pp. 34, 35, 53, 96 y 178.

Así, D. 27. 10. 16. 2 (*Tryphonus libro 13 disputationum*).- *Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos iussisset heredes esse et exheredasset filium eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum legasset addita causa necessitateque iudicii sui: aut si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato iam filio nati fuissent, sub condicione eos heredes instituere, ut emanciparentur a patre prodigo.*

En este texto Tryphonus sigue haciendo referencia a las disposiciones testamentarias, en general que el padre haya podido realizar en su testamento, aunque en este caso especialmente a favor de los nietos, llegando incluso la desheredar a su propio hijo.

Estimamos coherente deducir que el texto es continuación de D. 27. 10. 16. 1, y como continuación argumental del mismo, en particular, cuando D. 27. 10. 16. 1 refiere la posibilidad de disponer el padre en el testamento respecto a quién deba ser nombrado curador de su hijo pródigo de no haber dispuesto su padre otra cosa en su testamento, parece que dicha frase tiene continuidad en D. 27. 10. 16. 2, cuando señala que efectivamente, el padre pudo proveer de otro modo respecto a sus nietos -*Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis*-, es decir, D. 27. 10. 16. 1 deja en el aire la posibilidad de que el padre efectuara una disposición testamentaria distinta a la realizada con respecto a su hijo pródigo, que no es otra que la contemplada en D. 27. 10. 16. 2: la desheredación del hijo a favor de los nietos sobre los que impone la obligación de alimentar al hijo pródigo –esto es, su propio padre- y cubrir sus necesidades<sup>174</sup>, dado que el padre se halla claro en un

---

<sup>174</sup> Incluso según D. 26. 5. 12. 1 (*Ulpianus 3 off. Procon.*).- *Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare: quamvis enim contra sit apud Celsum et apud alios plerosque*

supuesto de incapacidad, bien sea la locura, bien sea la prodigalidad, que son los supuestos que nos hallamos estudiando.

Debemos continuar con el análisis de D. 27. 10. 16. 3.

D. 27. 10. 16. 3 (*Tryphonus libro 13 disputationum.*)- *Sed quid si nec ad hoc consensurus esset prodigus? sed per omnia iudicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credit, eum magistratus propter aliquid forte suum vitium idoneum putaverit*<sup>175</sup>.

En este texto Tryphonus, formula una nueva pregunta a las que lanzaba en textos precedentes, en particular, cuestiona qué ocurre en los supuestos en los que el hijo pródigo se niegue a emancipar a sus propios hijos, Tryphonus se expresa claramente señalando la preeminencia de la voluntad del testador, estableciendo que la misma deberá cumplirse en todo caso. Esta obligatoriedad del cumplimiento determina que, en el caso del hijo pródigo, en cualquier caso –que englobaría a los de D. 27. 10. 16. 1-, siempre que exista disposición testamentaria 

---

*relatum, quasi indecorum sit patrem a filio regi, attamen Divus Pius Instio Celeri, item Divi fratres rescripserunt filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis quam extraneum*, Ulpiano pone de manifiesto la posibilidad de que el hijo pueda ser nombrado curador con respecto a su padre. En este texto Ulpiano aunque señala que existen autores como Celso y otros que se muestran contrarios a la indicada posibilidad por cuanto la consideran indecorosa, se inclina por seguir lo preceptuado un rescripto dirigido a Instio Célere y a los emperadores hermanos marco Aurelio y Lucio Vero, en el que emperador Antonio Pío pone de relieve la preferencia del nombramiento del hijo como curador con respecto a su padre siempre y cuando el hijo lleve una vida austera. Ulpiano volverá a invocar y defender este rescripto de Antonio Pío en otro texto: D. 27. 10. 1, en el que también se defiende el nombramiento del hijo como curador con respecto al padre cuando se viere privado de la administración de sus bienes siempre y cuando lleve una vida honrosa.

<sup>175</sup> Vid. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P., *El prodigus y su condición jurídica...*, cit., pp. 34 y 35.



constituía un medio absoluto de protección para las personas que se encontraban en estado de demencia.

#### **I. 4. 4- Otros supuestos especiales: sordos, mudos, ciegos, salud deficiente o por mucha edad del tutor/curador**

Además de los supuestos especiales analizados hasta ahora en este estudio –mujer mayor de 12 años, *furiosus* y *prodigus*- debemos tratar igualmente otros supuestos que también llaman nuestra atención en la medida en que se trata de supuestos en que por una u otra causa quiénes se encuentra en determinada situación de anomalía física también tienen la consideración de incapaces y, en consecuencia, requieren que se proceda al nombramiento de una figura de guarda, en particular se trata de la sordera, defectos visuales, la imposibilidad para el habla y, en determinados supuestos, la mala salud o la mucha edad.

Respecto a la sordera y la mudez, Guzmán<sup>178</sup>, al estudiar las excusas para el cargo de tutor, afirma que se puede conjeturar una evolución semejante a la de la locura para el caso del *surdus* y del *mutus*. Señala el autor que, inicialmente, estos fueron considerados incapaces para la tutela, tal y como aparece en sendos textos del Digesto, D. 26. 1. 1. 2<sup>179</sup> y 3, en particular, Paulo en el primer texto justifica que el mudo no puede ser nombrado tutor porque este defecto físico provoca su

---

<sup>178</sup> GUZMÁN, A., *Dos estudios, cit.*, pp. 170-171.

<sup>179</sup> D. 26. 1. 1. 2 (*Paulus libro 38 ad Edictum*).- *Mutus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem praebere non potest.*

incapacidad para imponer su autoridad. En D. 26. 1. 1. 3<sup>180</sup> el mismo jurista afirma que un tutor debe tanto hablar como oír y, por lo tanto, al igual que hacía con el mudo, el sordo no podrá ser nombrado tutor, al estar incapacitado para oír. En efecto, tal y como expone Guzmán, en época tardo-clásica, la sordera y la mudez se convirtieron en causas de excusa, tal y como se refleja en D. 27. 1. 40pr; FV 238 y C. 5. 68. 1. En particular, en D. 27. 1. 40pr<sup>181</sup> Paulo nuevamente afirma que aquellos que devienen en ciegos, sordos, mudos, locos o inválidos después de haber asumido la tutela tienen una causa para abandonar el cargo.

Detengámonos en FV 238 (*Ulpianus de officio praetoris tutelaris libro singulari*).- *Proinde si mutus sudususe quis sit, sine dubio a tutela excusabitur. Hi uero quos ualetudo uel furor uel morbus perpetuus excusat, etiam eas tutelas quas ante susceperant deponunt. Alia causa aetatis est. Luminibus etiam captum Porcatio Faustino rescriptit imperator noster cum patre*, en este pasaje, el jurista Ulpiano concibe claramente la sordera y la mudez como causa de excusa para el cargo de la tutela, pues así lo hace constar expresamente. En el texto también se menciona a aquellos a los que tienen una mala salud, sufren de locura o padecen una enfermedad crónica, estos hechos constituyen causa de excusa para el ejercicio de la tutela. Otras casuas que contempla este texto como exenciones para el ejercicio del cargo del tutor son la ceguera y la avanzada edad.

---

<sup>180</sup> D. 26. 1. 1. 3 (*Paulus libro 38 ad Edictum*).- *Surdum non posse dari tutorem plerique et pomponius libro sexagesimo nono ad edictum probant, quia non tantum loqui, sed et audire tutor debet.*

<sup>181</sup> D. 27. 1. 40pr (*Paulus libro 2 Senten.*).- *Post susceptam tutelam caecus aut surdus aut mutus aut furiosus aut valetudinarius deponere tutelam potest.*

En C. 5. 68. 1: “*Imperatores Severus et Antoninus aa. Sabino.- Luminibus captus aut surdus aut mutus aut furiosus aut perpetua valitudine tentus tutelae seu curationis excusationem habent*”, se permite excusarse para ejercer el cargo de tutor o curador al ciego, al sordo, al mudo, al *furiosus* o al atacado por una enfermedad crónica.

Estimamos que el tratamiento de los distintos supuestos de discapacidad incapacitante respecto de la ceguera, la mudez, etc... son claramente equiparables al supuesto de la locura, bien sea para su consideración como incapacidad en una primera época y posteriormente como causa de excusa para ejercer el cargo tutelar, *ipso iure* provocan la incapacidad y, por tanto, la excusa.

En efecto, la incapacidad de los sordos y los mudos se asimila a la de los locos, y así dispone en Inst. 1. 23. 4: *Sed et mente captis et surdis et mutis et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt*, esto es, se establece que también ha de darse curadores a los mentecatos, a los sordos, a los mudos y a los que padecen enfermedad incurable, porque no pueden valerse para sus asuntos. También en D. 26. 5. 8. 3. (*Ulpianus libro 8 de omn. trib.*).- *Furioso et furiosae et muto et surdo tutor vel curator a praetore vel praeside dari poterit*, donde es palmaria la equiparación de aquellos que no pueden hablar con aquellos que carecen de cordura, esto es, el loco y la loca, colocándolos al mismo nivel respecto a su imposibilidad de atender ciertos asuntos, considerándolos incapaces por su sola condición de loco, loca, mudo o muda, sin más, y sin necesidad de procedimiento que implique la intervención judicial.

Igualmente, en D. 26. 1. 6pr (*Ulpianus libro 38 ad Sabinum*).- *Muto itemque mutae impuberibus tutorem dari posse verum est: sed an auctoritas eis accommodari possit, dubitatur. Et si potest tacenti, et muto potest. Est autem verius, ut iulianus libro vicesimo primo digestorum scripsit, etiam tacentibus auctoritatem posse accommodare.*

En el texto Ulpiano describe la imposibilidad de hablar como un motivo o causa para que se proceda a nombrar tutor a quien se halle en esa situación; la imposibilidad de hablar llevaba aparejada la incapacidad para realizar determinados actos, cuestión que no reviste mayor complejidad ya que, ante una situación de hecho como la de que una persona no sea capaz de hablar, se insta el nombramiento de tutor sin procedimiento alguno que declare que esa persona sea incapaz. Aunque es cierto que Ulpiano en este texto parece que duda si tal nombramiento se puede producir de forma automática para con los mudos impúberes, en la última frase del texto *-est autem verius, ut iulianus libro vicesimo primo digestorum scripsit, etiam tacentibus auctoritatem posse accommodare-* al recoger la opinión expresada por Juliano, no hace sino reforzar y confirmar la posibilidad de nombramiento de tutor, y, por tanto, de interposición de autoridad para el mudo o la muda impúber tal como afirma Juliano.

En sentido similar: D. 26. 1. 6. 3 (*Ulpianus libro 38 ad Sabinum*).- *Surdo impuberi poterit tutor dari*, donde Ulpiano afirma que se podrá nombrar tutor para un sordo que sea impúber. Esto es, la imposibilidad de oír puede asimilarse con la imposibilidad de hablar, Ninguno de estos textos menciona, ni de su contenido parece desprenderse ni siquiera intuirse, la necesidad de procedimiento previo judicial alguno que declare que esa persona, que de hecho es incapaz de oír o de



hablar, deba ser declarado judicialmente incapaz, ambos textos contemplan directamente el nombramiento de tutor sin más.

Por cuanto respecta a la salud deficiente o a la edad avanzada es relevante D. 26.

1. 13pr. (*Pomponius libro 2 Enchir.*)- *Solet etiam curator dari aliquando tutorem habenti propter adversam tutoris valetudinem vel senium aetatis: qui magis administrator rerum, quam curator esse intellegitur.*

En el pasaje Pomponio contempla la posibilidad de de nombramiento de un curador para los supuestos en los que concurran circunstancias que impliquen la pérdida de facultades de quien ejerce el cargo de tutor para seguir desempeñando dicho cargo, ya que aunque alguien tenga nombrado un tutor señala que podrá nombrarse un curador para aquellos supuestos en los que dicho tutor, por diferentes causas -salud deficiente o edad avanzada-, se propone el nombramiento de un curador como solución para solventar estas carencias. Precisa el texto que en estos casos que el curador actuaría más propiamente como un administrador, es decir, sus funciones se desarrollarían eminentemente en el ámbito patrimonial, velando ante todo por la protección de los intereses económicos del sujeto.

Tampoco de este texto se desprende la necesidad de que se deba proceder a un procedimiento judicial que declare la falta de pérdida de capacidades del tutor para el desempeño de su cargo, y por tanto su incapacidad. Parece que resulta suficiente con el simple cumplimiento de los presupuestos de hecho que pongan de manifiesto esta pérdida de facultades del tutor para que pueda entrar en juego/funcionamiento otra de figura de carácter asistencial como es el curador, se trata, pues de proceder al nombramiento del mismo simplemente cuando el tutor tenga una salud deficiente que le impida ocuparse debidamente del desempeño de

su cargo o bien se produzcan los mismos efectos debido a la avanzada edad alcanzada del tutor.

En sentido similar Inst. 1. 23. 6: *Quodsi tutor adversa valetudine vel alia necessitate impeditur, quo minus negotia pupilli administrare possit, et pupillus vel absit vel infans sit, quem velit actorem periculo ipsius praetor, vel qui provinciae praeerit, decreto constituet*, esto es, ante un supuesto de mala salud del tutor o por otra circunstancia por la que éste se viera impedido, de tal modo que se viese incapacitado para poder administrar los negocios del pupilo, y este o estuviera ausente o en la infancia, el pretor o quien presidiera la provincia nombrará por decreto a persona que se ocupe de dar cuenta y riesgo del propio tutor.

El texto es clarificador, no habla expresa ni concretamente del nombramiento de curador, parece hace referencia a alguien que se ocupe de gestionar los asuntos del tutor y parece que también de responder por él, esto es, se describe una figura de guarda para el tutor de salud débil o avanzada edad *ipso iure*. Quede claro que no se trata de un auxiliar de la tutela, esto es, de que quien ejerce la figura de guarda nombre a determinada persona que le ayude en la gestión de la tutela o la curatela; esta posibilidad parece que se desprende del contenido de D. 26. 1. 13. 1 (*Pomponius libro 2 Ench.*).- *Est etiam adiutor tutelae, quem solet praetor permittere tutoribus constituere, qui non possunt sufficere administrationi tutelae, ita tamen ut suo periculo eum constituent.* En el pasaje Pomponio se refiere a la posibilidad de que cuando existan determinados tutores que necesiten ayuda en el desempeño de sus tareas se les permita nombrar a persona/s que les ayuden en la administración de los bienes del pupilo, a estos ayudantes se les denominará

auxiliares de la tutela<sup>182</sup>. Si bien precisa y concreta Pomponio que deberán ser los tutores los que asuman por ellos mismos el riesgo del nombramiento de tales auxiliares de la tutela.

En efecto, no parece que Pomponio se esté refiriendo a los supuestos en los que deviniere la propia incapacidad de quien ejerciera el cargo de tutor, tal y como sí ocurría en D. 26. 1. 13pr, también de Pomponio; sino más bien a determinadas situaciones en las que el tutor precise de una cierta asistencia o ayuda, sin que ello implique una pérdida o disminución de facultades del mismo, en cuyo supuesto lo que procedería es el nombramiento de un curador y no de un auxiliar de la tutela.

Tal y como lo expone Pomponio, tampoco parece que deba entenderse de otro modo, en la medida en que se está trasladando la responsabilidad del nombramiento de los auxiliares de la tutela a los propios tutores, y dicha responsabilidad no parece que debiera resultar aplicable a los supuestos en los que por la pérdida de facultades del tutor a causa de enfermedad o por avanzada edad debiera procederse al nombramiento de un curador que complementa la labor de administración de los bienes del sometido a tutela.

#### **I. 4. 5.- El *postliminium***

El tratamiento y la inclusión en este trabajo de la institución del *postilimum* reside en el hecho de que la figura trata de suplir un específico supuesto en el que determinado sujeto no puede atender sus asuntos por una situación sobrevenida:

---

<sup>182</sup> Se podría considerar como el antecedente más claro del administrador de apoyo contemplado por el actual Derecho italiano.

haber caído en poder del enemigo. Para cubrir esa situación se nombra una figura de carácter asistencial sin que sea necesario recurrir a un procedimiento previo que declare la existencia de necesidad de asistencia por dicha causa.

La conceptualización<sup>183</sup> del *postliminium* la hallamos en D. 49. 15. 19. 3 (*Paulus libro 16 ad Sabinum*).- *Postliminio redisse videtur, cum in fines nostros intraverit, sicuti amittitur, ubi fines nostros excessit. Sed et si in civitatem sociam amicamve aut ad regem socium vel amicum venerit, statim postliminio redisse videtur, quia ibi primum nomine publico tutus esse incipiat*, siguiendo a Montañana Casaní<sup>184</sup>, en el texto Paulo define el contenido y la naturaleza del *postliminium*; el contenido del derecho consiste en recuperar de manos extrañas una cosa perdida y restituirla a su antigua condición, al igual que consiste en que el retenido por gentes extrañas recupere su antiguo derecho. En cuanto a su naturaleza, el *ius postlimini* es una institución de origen consuetudinario<sup>185</sup> a la vez que legal, común a todos los pueblos, institución pues propia del *ius gentium* cuya *ratio* hay que buscarla en la justicia natural y por tanto en los principios de equidad.

---

<sup>183</sup> Vid. WATSON, A., *The Law of Persons, cit.*, p. 237, para quien *postilimum* “was, basically, the right by which, under certain circumstances, a Roman who had lost his citizenship, e.g. by capture in war, regained his citizenship and various other personal and private rights by returning whithin Roman territory. In classical law the effects on his private and personal rights were not always the same; *tutela* was ended by captivity and was revived by *postliminium* but not retroactively; and *patria potestas* was suspended by captivity, and if the prisoner returned with *postilimum* it was as if he had never been a captive”.

<sup>184</sup> MONTAÑANA CASANÍ, A., *La situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra* (Valencia 1996) pp. 23ss y 40.

<sup>185</sup> En el mismo sentido, vid. PERIÑÁN GÓMEZ, B., *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: absentia y postliminium* (Granada 2008) p. 114.

Esta situación de hecho llevaba consigo una serie de consecuencias de contenido jurídico. Tales consecuencias no eran sino la pérdida de la libertad y de la ciudadanía, lo que significaba la pérdida del *status jurídico*<sup>186</sup>, es decir, una situación de *capitis deminutio* del cautivo aunque tal como señala Montañana Casaní<sup>187</sup>, es cierto que no se encuentran textos jurídicos en los que expresamente se diga que el *captivus* sufra una *capitis deminutio*, aunque sí existen textos que relacionan la situación del *captivus* con la *capitis deminutio* cuando se desarrollan los efectos de ésta; en este sentido:

D. 38. 16. 1. 4 (*Ulpianus libro 12 ad Sabinum*).- *Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt: quod naturali aequitate contingit. Filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione vel magna vel minore exiit de potestate. Quod si filius apud hostes sit, quamdiu vivit nepotes non succedunt. Proinde etsi fuerit redemptus, nondum succedunt ante luitionem: sed si interim decesserit, cum placeat eum statu recepto decessisse, nepotibus obstabit.*

Este texto plantea la cuestión del derecho de representación por estirpes en el supuesto de que el hijo heredero quedara en situación de no poder heredar, en tal caso, como es conocido le suceden los nietos y nietas nacidos de él; el texto aclara los supuestos sobre cuándo un hijo deja de estar en situación de poder heredar, en particular ocurre cuando el hijo sale de la potestad de su padre por una *capitis deminutio* de mayor o menor grado y, por lo que interesa en este apartado: *si filius apud hostes ist*, en cuyo caso no suceden los nietos mientras él viva; aún en el

---

<sup>186</sup> MONTAÑANA CASANÍ, A., *La situación jurídica, cit.*, pp. 39-40.

<sup>187</sup> MONTAÑANA CASANÍ, A., *La situación jurídica, cit.*, pp. 35ss.

supuesto que fuere rescatado, no tendrá de nuevo la condición de heredero legítimo hasta que no tenga lugar el pago del rescate; sin embargo, si se produce la muerte durante la cautividad, se entiende que fallece en condición de hijo de familia, y por tanto el heredero es él no sus hijos sin haber lugar al derecho de representación.

En efecto, la cuestión de si la prisión constituye un caso de *capitis deminutio* no ha estado exenta de estudio por parte de la doctrina, para acabar concluyendo que no existe oposición entre la *capitis deminutio* y la *captivitas*<sup>188</sup>, ya que, en opinión de Amirante<sup>189</sup>, si Ulpiano en D. 38. 16. 1. 4 hubiera querido indicar dicha oposición, hubiera utilizado los términos *sed si*, y no lo hace. Señala que no hay oposición sino que se precisan los efectos que el postliminio tiene sobre la *capitis deminutio* del cautivo, efecto que consiste en no dar en este caso un valor definitivo dada la posibilidad de regreso.

Sostiene Montañana Casaní<sup>190</sup> que la prisión es un caso de *capitis deminutio*, y por ello el jurista se ve obligado a hacer referencia especial a él, pues siguiendo el contenido de D. 38. 16. 1. 4, se trata de una excepción especial al derecho de representación de los nietos por *capitis deminutio* del padre, es una excepción pues en este caso la *capitis deminutio* no es definitiva, sino que finaliza con el

---

<sup>188</sup> PERIÑAN GÓMEZ, B., *Un estudio sobre, cit.*, p. 61, quien tampoco discrepa en esta cuestión.

<sup>189</sup> Vid. AMIRANTE, L. “Ancora sulla captivitas ed il postliminio” en *Studi in Onore de Pietro de Francisci I* (Milano 1956), pp. 519-544, p.29; LONGO, G., “Postille cretliche in tema di captivitas” en *IURA* 8, (Napoli 1957), pp. 29-42, p 42; RATTI, U., *Studi sulla captivitas*, (Napoli 1980) p 32.

<sup>190</sup> MONTAÑANA CASANÍ, A., *La situación jurídica, cit.*, p. 38.

regreso y por efecto del *postliminio* o con muerte y por efecto del juego de la retroactividad que propone la ley Cornelia.

Tal como señala Montañana Casaní, no encontramos ningún texto en el que se afirme tajantemente que el *captivus* es *capite deminutus* y ello es debido a que, por una parte, la evolución histórica del régimen de prisión de guerra y del *postliminio* durante la época republicana dibuja una tendencia a suavizar los efectos de la prisión; y por otra parte, se produjo una evolución del significado del término *capitis deminutio*, que de ser en su origen un término que sirve para constatar el hecho de la pérdida de la libertad y la ciudadanía, pasó a asumir la función de un instituto jurídico que causa la pérdida de la libertad y la ciudadanía y que aparece siempre en relación a condenas penales. Tal como señala Montañana Casaní, es por ello por lo que se dice que el prisionero perdiendo la ciudadanía y la libertad sufre una *capitis deminutio* y no que sufre una *capitis deminutio* y en consecuencia pierde la ciudadanía y la libertad –el orden es importante-. En el detenido y completo análisis que Montañana Casaní<sup>191</sup> realiza de esta institución, señala que no puede hablarse de *postliminium* si no se dan determinados presupuestos, como es el supuesto de la caída en prisión y el regreso.

Lo que sí suscita nuestro interés es cómo se llevará a cabo la aplicación material del beneficio del *postliminium*. Pues bien, para que se pueda aplicar la concesión del beneficio del *postliminio* a los ciudadanos romanos que habían sido hechos prisioneros y que regresaban a Roma o a un pueblo aliado, bien porque hubieran huido del enemigo o porque hubieran sido rescatados y regresan durante la misma

---

<sup>191</sup> MONTAÑANA CASANÍ, A., *La situación jurídica de los hijos*, cit., pp. 41 y ss.

Guerra o si lo hacen después de haberse convenido la paz -a pesar que la aplicación práctica del tratado paz en lo que prevea respecto al *postiliminium* no ha sido siempre una cuestión pacífica<sup>192</sup>-, tal y como afirma de De Visscher<sup>193</sup> las autoridades se limitarán a controlar que se cumplen los requisitos exigidos para la aplicación del *postliminium*, los requisitos que afectan al modo de producirse el regreso y que, cumplidos éstos, la aplicación del *postliminium* es automática sin requerir de una autorización expresa o de un control que atienda a otras causas. Precisamente en este punto se encuentra el paralelismo entre la situación del cautivo de guerra y el mayor discapacitado: no se observa ni el más mínimo atisbo de la necesidad de un procedimiento encaminado a declarar la recuperación de la capacidad perdida a consecuencia de la captura del enemigo o prisión de guerra para que la persona que se haya encontrado en tal situación vuelva a recuperar su plena capacidad, tanto fáctica como jurídica, y con ello todos los efectos inherentes a la misma, con todas las consecuencias que ello conlleva.

Asimismo, en la institución del *postiliminium* nos interesan especialmente determinadas cuestiones en relación a la institución tutelar. En primer lugar nos ocuparemos del supuesto de nombramiento de tutor para aquel cuyo padre está en poder del enemigo, este supuesto lo recoge Ulpiano en D. 26. 1. 6. 4, vayamos al texto:

D. 26. 1. 6. 4 (*Ulpianus libro 38 ad Sabinum*).- *Ei cuius pater in hostium potestate est tutorem dari non posse palam est: sed si datus sit, an in pendenti sit datio,*

---

<sup>192</sup> MONTAÑANA CASANÍ, A., *La situación jurídica de los hijos, cit.*, p. 51.

<sup>193</sup> DE VISSCHER, F. “Apercus sur les orígenes du postliminium” en *Festchrift Paul Koschaker I* (Weimar 1939), pp. 367-385, p. 372 nt. 18.



*quaeri potest. Et non puto dationem valere: sic enim post patris regressum reccidit in potestatem, atque si numquam pater ab hostibus captus fuisset. immo curator substantiae dari debet, ne in medio pereat.*

En este texto el jurista Ulpiano hace referencia la posibilidad de nombrar o no tutor para aquel cuyo padre se halle en poder del enemigo, como a los supuestos en los que se nombra un curador para administrar su patrimonio, como conjunto de intereses de carácter puramente patrimonial, con la finalidad de proteger dicho patrimonio y que el mismo no desaparezca. A estos efectos el propio Ulpiano en la primera parte del texto: *Ei cuius pater in hostium potestate est tutorem dari non posse palam est: sed si datus sit, an in pendenti sit datio, quaeri potest*, se pregunta sobre la validez o no del nombramiento que pueda efectuarse para el hijo de aquél cuyo padre se encuentre en poder del enemigo, ya que si bien en un principio comienza por negar la posibilidad de dicho nombramiento finaliza la misma frase señalando que si se le ha nombrado, puede preguntarse si el nombramiento queda en suspenso, con lo que parece admitir la posibilidad de la validez de dicho nombramiento. En la segunda parte del texto Ulpiano *-Et non puto dationem valere: sic enim post patris regressum reccidit in potestatem, atque si numquam pater ab hostibus captus fuisset-*, parece que vuelve a mostrarse partidario de la invalidez de dicho nombramiento en el supuesto que dicho nombramiento haya tenido lugar, en la medida en que manifiesta que cuando el padre regrese el hijo volverá a estar bajo la potestad del padre con efecto retroactivo, como si nunca hubiera estado ausente en poder de los enemigos.

Ulpiano, en la parte final de este texto *“immo curator substantiae dari debet, ne in medio pereat”* concluye precisando que no cabrá el nombramiento de curador

para una persona concreta en razón a la peculiar situación de que el padre se encuentre en poder de los enemigos, sino que únicamente resultará procedente el nombramiento de curador para administrar los bienes propios de quien no los puede administrar por cuanto su padre bajo cuya tutela se encuentra se halla en poder de los enemigos, por tanto pone en clara preeminencia los intereses puramente económicos para con el patrimonio que deba ser gestionado y no pueda serlo en atención a las circunstancias indicadas, con la única finalidad de la conservación de dicho patrimonio.

Ahora bien, tampoco en este supuesto se menciona en absoluto que con carácter previo al nombramiento de la figura asistencial, en este caso de curador, se requiera de procedimiento alguno que establezca o verifique la existencia de la situación de incapacidad de gestionar sus propios intereses, sino que, muy al contrario, se trata de una asunción de forma totalmente natural de una realidad, que consiste en el hecho de la existencia de un prisionero de guerra que no puede ocuparse de gestionar sus intereses y que por tanto, requiere del nombramiento de una persona que se ocupe de tales menesteres, mientras quien se halla en dicha situación no pueda hacerlo por sí mismo. La figura asistencial que considera procedente para tales supuestos es la de curador y se procederá a su nombramiento sin más, sin necesidad de procedimiento previo de declaración de incapacidad de asunción de sus asuntos de quien se halle en poder del enemigo.

Acertadamente Montañana Casaní<sup>194</sup> afirma que aquello que Ulpiano parecía plantearse es la duda acerca de la validez de la *datio tutoris* para el caso de que el padre muriera *apud hostes* y si en este caso podría considerarse que la *datio*

---

<sup>194</sup>MONTAÑANA CASANÍ, A., *La situación jurídica de los hijos, cit.*, pp. 108 y 109

*tutoris* está sometida a la condición suspensiva de que el padre no regrese. En este caso podría considerarse que la *datio tutoris* no sería válida mientras el padre permaneciera prisionero, puesto que puede regresar, pero sería válida en un futuro si el padre moría *apud hostes*. Para Montañana Casaní toda esta discusión es obviada por los compiladores, dado que, estando el hijo durante la prisión del padre bajo su potestad, no cabe hablar de una *datio* suspensiva con efecto retroactivo. Del mismo modo, Montañana Casaní, señala que este texto nos sirve para enlazar con la cuestión de si debe nombrarse tutor al hijo del prisionero mientras su padre se encuentre en prisión. Para continuar aseverando que las fuentes no dejan lugar a dudas respecto al motivo: *Ei cuius pater in hostium potestate est tutorem dari non posse palam est...*, pues la institución de la tutela requiere encontrarnos ante un *sui iuris* impúber y en este caso el hijo del prisionero no es *sui iuris*, en la medida en que su condición es incierta. La situación del hijo se equipararía a la de la mujer del cautivo, que seguiría en un matrimonio *cum manu* bajo el poder de su marido, en un estado incierto<sup>195</sup>.

Por lo tanto, dado que el hijo durante la prisión del padre se encuentra en una situación jurídica incierta, Montañana Casaní<sup>196</sup> se plantea cuál era la condición jurídica del hijo respecto a las relaciones jurídicas de su padre, así como lo concerniente a las posibles relaciones jurídicas que el mismo pudiera contraer.

---

<sup>195</sup>Vid. VOIGT, M. *Die XII Tafeln* (Leipzig 1883), p. 294.

<sup>196</sup>MONTAÑANA CASANÍ, A., *La situación jurídica de los hijos, cit.*, p. 110.

Para dar respuesta a esas cuestiones Montañana Casaní comparte la posición de Bechmann<sup>197</sup> que distingue aquellos negocios jurídicos que el hijo puede realizar y que admiten ser sometidos a condición suspensiva, los cuales, dada la incierta capacidad del hijo, podían ser realizados sin problemas (D. 49. 15. 12. 1<sup>198</sup> y D. 49. 15. 22. 2<sup>199</sup>). Lo que el hijo obtuviera en estos negocios jurídicos pasará a formar parte del patrimonio del padre o del hijo según se produjera el regreso o no.

Distingue, por otro lado, aquellos negocios jurídicos que necesiten perfeccionarse en el mismo momento en que se contraen y no admiten estar sometidos a suspensión. Estos negocios no podrán ser realizados por hijo durante la prisión de su padre, y este será el caso de las estipulaciones (D. 49. 15. 22. 2), de forma que

---

<sup>197</sup> BECHMANN, A., *Das Ius postliminii und die Fictio legis Corneliae* (Erlagen 1872), p. 24.

<sup>198</sup> D. 49. 15. 12. 1 (*TRYPHONUS libro cuarto Disputationum*).- *Si quis capiatur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, in incerto sunt, utrum sui iuris facti an adhuc pro filiis familiarum computentur: nam defuncto illo apud hostes, ex quo captus est, patres familiarum, reverso numquam non in potestate eius fuisse credentur. ideo et de his, quae medio tempore acquirunt stipulatione traditione legato (nam hereditate non possunt), tractatum est, ubi non est reversus, si forte alii vel in totum (his exhereditatis testamento) vel in partem instituti sunt heredes, utrum in hereditate captivi, quae lege cornelia inducitur, an propria ipsorum sint. quod verius est: diversumque in his, quae per servos acquiruntur, merito: quia hi bonorum fuerunt et esse perseverant, hi sui iuris exinde sibi quoque ideo adquisisse intelleguntur.*

<sup>199</sup> D. 49. 15. 22. 2 (*Iulianus libro 62 Dig.*).- *Quod si filius eius, qui in hostium potestate est, accipit aut stipulatur, id patre priusquam postliminio rediret mortuo ipsi acquisitum intellegitur, etsi vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit. nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendenti est, et reverso quidem patre existimatur nunquam suae potestatis fuisse, mortuo tunc pater familias fuisse, cum pater eius in hostium potestate perveniret.*

las que el hijo realice mientras el padre esté en prisión, no serán consideradas válidas en Derecho clásico.

Respecto a la condición jurídica del peculio del hijo y los bienes que pudiera adquirir durante la prisión del padre (D. 49. 15. 22. 2 y 2a<sup>200</sup>), Montañana Casan<sup>201</sup>, afirma que lo que el hijo adquiere o estipula durante la prisión de su padre, se entenderá que los adquiere para sí, si su padre muere en cautiverio, puesto que en tal caso se entiende que el hijo adquirió la condición de *sui iuris* desde el momento en que su padre cayó prisionero; pero si por el contrario su padre regresa debe entenderse que como *alieni iuris* que es, todo lo adquirido pasaría al patrimonio del padre.

En este punto consideramos importante resaltar que parece claro que, tanto en un supuesto como en otro, respecto a la consideración del hijo como *sui iuris*, en un supuesto, y como *alieni iuris* en el otro, no se exige procedimiento judicial ni de cualquier otro tipo, a través del que se proceda a declarar una u otra condición jurídica del hijo, sino que el mecanismo, una vez cumplidos los presupuestos entrarían en funcionamiento de forma automática.

Otro supuesto relevante de la institución del *postiliminium* que debemos tratar en este punto es aquél que se plantea cuando quien ha sido nombrado tutor cae en

---

<sup>200</sup> D. 49. 15. 22. 2a (*Iulianus libro 62 Dig.*)- *Pater familias qui habebat filios in potestate duos et ^ in bonis^ viginti milia, ab hostibus captus est: alter ex filiis acceptis decem milibus alia decem milia adquisivit: quaeritur patre apud hostes defuncto quid filii habituri sint. respondit, si reversus esset pater, etiam postea adquisita decem milia eius futura fuisse: at cum in captivitate mortuus sit, communia non fore, sed eius qui adquisivit. viginti autem milia aequaliter dividenda*

<sup>201</sup> MONTAÑANA CASANÍ, A., *La situación jurídica de los hijos, cit.*, p. 111.

poder del enemigo. Para su análisis nos fijaremos específicamente en el contenido de dos textos, Gai. I. 187 e Inst. 1. 20. 2.

Gai. 1. 187.- *Ab hostibus quoque tutore capto ex his legibus peti debet; qui desinit tutor esse, si is, qui captus est, in ciuitatem rreuersus fuerit: nam reuersus recipit tutelam irues postliminii.*

En el caso de que quien cae prisionero y queda en poder del enemigo sea el propio tutor, Gayo dice que se procederá al nombramiento de un nuevo tutor mientras quien hubiere sido designado en primer lugar permanezca en poder del enemigo. Ahora bien, el cargo del nuevo tutor nombrado como consecuencia de que el primero hubiera caído en poder del enemigo, no supone la sustitución definitiva del mismo en el cargo, sino que, muy al contrario, dicho cargo finalizará cuando el tutor que hubiere caído prisionero regresara a la ciudad o, bien, como ya hemos expuesto con anterioridad, su regreso tuviera lugar a algún territorio aliado de Roma. En ese momento es cuando el primer nombrado recupera el cargo de tutor en virtud del derecho de regreso.

Por su parte, Inst. 1. 20. 2, nos ofrece supuesto de hecho prácticamente idéntico al anterior, concretamente señala que: Inst. 1. 20. 2.- *Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur, qui desinebat esse tutor, si is qui captus erat in civitatem reversus fuerat: nam reversus recipiebat tutelam iure postliminii.*

Dentro del tema general de la *captivitas* y del *postliminium*, dice Guzmán<sup>202</sup>, que el problema de los efectos de aquellas instituciones en relación a la tutela ha sido muy discutidos; señalando que el punto de controversia se centra en la

---

<sup>202</sup> GUZMÁN, A. *Dos estudios, cit.*, p. 43.

determinación de si el cautiverio extinguía el cargo o de simplemente lo dejaba en suspenso. A este respecto señala que la opinión generalmente aceptada de que en sus orígenes aquella situación hacía cesar todo tipo de relaciones jurídicas provoca lo mismo para la tutela; sin embargo, pone de relieve que esta tesis ha sido puesta en duda por varios autores, entre ellos, Mitteis<sup>203</sup> y Solazzi<sup>204</sup>, de quienes dice que pensaron en la originalidad del efecto suspensivo en general, y, por tanto, que este también afectaba a la tutela<sup>205</sup>; esta misma tesis, por lo que a la tutela respecta, fue aceptada por Taubenschlag<sup>206</sup> e Imbert<sup>207</sup>. La opinión contraria, que niega para la época antigua el efecto suspensivo es, la ordinariamente seguida, pero, en especial, defendieron la consecuencia de que dicha opinión se desprende para la tutela autores como Sertorio<sup>208</sup>, Ratti<sup>209</sup> y Amirante<sup>210</sup>.

En definitiva, para Guzmán<sup>211</sup>, el cautiverio no producía efecto alguno en relación con la tutela y, pese a él, el prisionero seguía siendo tutor y el pupilo estando bajo

---

<sup>203</sup> MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht*, cit., p. 128.

<sup>204</sup> SOLAZZI, S., *Scritti di Diritto romano* (Napoli 1955 a 1972), p. 612.

<sup>205</sup> SOLAZZI, S., "Tutela e postliminio", en *Rediconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere* 49, (Milán 1916); mismo autor, *Istituti Tutelari* (Napoli 1929), p. 5 ss.; mismo autor, "Il concepto del ius postliminium", en *Scritti di Diritto Romano IV* (Napoli 1963), pp. 565-639, p. 565 ss.

<sup>206</sup> TAUBENSCHLAG, R., *Vormundschaftsrechtliche Studien* (Berlín 1913), p. 55.

<sup>207</sup> IMBERT, J. *Postliminium* (París 1944.) pp. 107 ss.

<sup>208</sup> SERTORIO, L., *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* (Roma 1971).

<sup>209</sup> RATTI, *Studi sulla captivita e alcune repliche in tema di postliminio*, en *Bull. Dell'Ist. Dir. Rom.* 35 (Roma 1927), p. 137 ss.

<sup>210</sup> AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* (Napoli 1950), p. 59 ss.

<sup>211</sup> GUZMÁN, A., *Dos estudios*, cit., p 45.

su potestad. Sólo se producía una mutación en la relación tutelar en virtud de la cual entraba en un estado de incertidumbre que sólo se disipaba con la muerte *apud hostes* del cautivo o con su retorno; por tanto, a la pregunta de si el impúber o la mujer estaban bajo la tutela del prisionero, esta teoría debe responder que ello era una cuestión incierta, y la misma respuesta tiene que dar a la pregunta de si el cautivo era tutor; pero ambas respuestas se contradicen con una interpretación literal de la frase *quive-essent*, ya que en ella lo que se haría sería afirmar que el tutor seguía actualmente siendo tal y que el impúber o la mujer continuaban bajo su tutela; en ese caso, el régimen de la *Lex Hostilia* se explicaría por la imposibilidad física de atender a aquellos en el que el tutor se encontraba, pero no por una imposibilidad jurídica.

Defiende Guzmán que, en realidad, se trata del régimen de los ausentes *rei publicae causa* el que atrae, en la expresión literal, al de los cautivos; el cargo de aquéllos no se extinguía por la ausencia, es decir, los impúberes y las mujeres permanecían bajo su tutela.

#### **I. 4. 6- Protutela y procuratela**

Junto a las instituciones de la tutela y la curatela en las fuentes jurídicas romanas se menciona la institución de la protutela, que tal como señala Rogel Vide<sup>212</sup>, constituye el antecedente de la moderna guarda de hecho.

Para la doctrina mayoritaria la guarda de hecho supone el ejercicio de la tutela en sus caracteres de generalidad y permanencia por una persona que no tiene

---

<sup>212</sup> ROGEL VIDE, C. *La guarda de hecho*, (Madrid 1986), p. 66.



legítimamente la cualidad de tutor. Si alguien administra de hecho un solo asunto del pupilo, lo que se da es una gestión de negocios a la que habrá que aplicar las normas del cuasi-contrato<sup>213</sup>.

Para otros autores, como Rogel Vide, sin embargo, cuenta más la disposición del que actúa que la permanencia en dicha actuación, que puede darse o no darse<sup>214</sup>. Tanto para Rogel Vide como para Ortega Pardo<sup>215</sup>, *el animus tutoris* era una característica propia y singular de la “protutela” romana.

Ortega Pardo<sup>216</sup> al referirse al “protutor” romano enfatiza que el significado del mismo no puede compararse al momento en el que realiza su estudio, de hecho, tal como añade, el origen del protutor actual se encuentra en el Derecho consuetudinario francés, que creó este cargo para proteger los intereses del menor cuando se encontrasen en oposición con los del tutor. En el Código de Napoleón se recoge esta institución con el mismo nombre, reservando el de protutor para el administrador de los bienes que su pupilo tenga en el extranjero. La figura del *subrogé tuteur* fue recogida por la mayoría de los Códigos europeos, incluido el nuestro, bajo la denominación de protutor.

---

<sup>213</sup> Así lo pone de manifiesto ORTEGA PARDO, “La tutela de hecho”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, (julio-agosto 1947), (Madrid 1947), pp. 80ss, p. 94.

<sup>214</sup> ROGEL VIDE, C. *La guarda de hecho*, cit., p. 66.

<sup>215</sup> ORTEGA PARDO, *La tutela de hecho*, cit., p. 88.

<sup>216</sup> ORTEGA PARDO, *La tutela de hecho*, cit., p. 91-92.

Tal como señala Aragonés Aragonés<sup>217</sup>, la figura del protutor también está vigente como órgano fiscalizador de la tutela en diversos derechos forales, como ocurre en el caso de la Ley catalana 39/1991 (arts. 69 a 73), así como en la Compilación Aragonesa (art. 18.1) y en nuestro Derecho civil común se puede instituir al amparo del art. 223 del Código Civil.

Respecto a la guarda de hecho, existen determinados supuestos en los que hay personas que asumen la realización de las funciones propias de los tutores o curadores, administrando los bienes o asistiendo a quien lo necesita en sus actividades cotidianas aunque no se haya procedido a su nombramiento legal como tutor o curador, nos encontramos, en este caso, ante la denominada guarda de hecho; mientras que, la guarda es de derecho cuando quien ejerce estas mismas funciones lo hace porque ha sido nombrado previamente tutor o curador, es decir, en virtud de un nombramiento legal o judicial.

En Derecho romano, tal como pone de relieve Ortega Pardo<sup>218</sup>, se emplean términos muy diversos (*qui pro tutores negotia gessit, falsus tutor, quie tutor non fuerit*) para designar a la persona que realiza actos propios de un tutor sin serlo. Quien obra *pro tutore* no significa que obre por cuenta del tutor –al modo de una *negotiorum gestio*- ni aún menos del pupilo, sino que, se entiende que alguien obra *pro tutore*, cuando, sin ser tutor, asume la administración de los asuntos de un impúber de buena o de mala fe. Es para estos supuestos para los que el pretor

---

<sup>217</sup> ARAGONÉS ARAGONÉS, R., *Constitucion de la tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y fianza*, pp. 1-87, p. 3, [http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/constitucion\\_de\\_la\\_tutela.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/constitucion_de_la_tutela.pdf).  
Visionado en julio de 2015.

<sup>218</sup> ORTEGA PARDO, *La tutela de hecho*, cit., p. 66

propuso al *actio protutelae*<sup>219</sup>, en particular, para Fuenteseca<sup>220</sup>, sobre el modelo de la *actio tutelae*, se creó una especial figura de *actio* sobre el que actúa como tutor sin serlo (*in eam qui protutores negotia gessit*), y que, de hecho, aparece cualificado como protutor. En idéntico sentido se pronuncia Bonfante<sup>221</sup>, quien al estudiar las acciones que el pupilo tenía contra el protutor, señala que, en el derecho clásico entre otras, tenía la *actio negotiorum gestorum*, que asume en el derecho justiniano la figura de una *utilis actio protutelae*, acciones que considera en todo análoga a la *actio tutelae*. Y resalta que, sin embargo, el protutor únicamente disponía del *contrarium iudicium negotiorum gestorum*, y que, en el derecho justiniano, asume implícitamente la figura de un *contrarium iudicium tutelae*.

Escobar de la Riva<sup>222</sup> se inclina por una postura muy similar al señalar que el Derecho romano en el último período de su evolución, asimiló el tutor de hecho a un verdadero tutor, desde cuantos puntos de vista favorecían al menor.

Las posiciones de la doctrina, tal como recoge Rogel Vide, son muy variadas en esta materia. Así, una parte de la doctrina niega, con carácter general, autonomía a la guarda de hecho, reconduciéndola a la gestión de negocios ajenos o al mandato, ya que consideran que es una institución, una situación jurídica informal; otros, sin embargo, sostienen que, el tutor de hecho es aquel que ejerce unas funciones tutelares sin haberle sido legalmente confiadas o el que continúa en ejercicio de la tutela después de haber perdido su cargo o terminado la tutela; mientras que otros,

---

<sup>219</sup> ROGEL VIDE, C., *La guarda, cit.*, p. 66-67.

<sup>220</sup> FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, (Madrid 1978), p. 412.

<sup>221</sup> BONFANTE, G., *Corso di Diritto Romano, I, Diritto di Famiglia*, (Milán 1963), p. 642.

<sup>222</sup> ESCOBAR DE LA RIVA, E., *La tutela*, (Madrid 1943), p. 247-248.

afirman, en mayor o menor medida, que el tutor de hecho está sometido a las normas establecidas para el tutor de derecho<sup>223</sup>.

En concreto, el título VI del libro XXVII, del Digesto lleva por rúbrica “*Sobre la gestión de negocios del protutor o del pro-curador*”, en el mismo se pone de manifiesto que, es el pretor quien propuso la acción de protutela para aquellos supuestos en los que resulta incierto si quien administró lo hizo en calidad de tutor o de protutor a fin de exigirle responsabilidad por sus actuaciones (D. 27. 5. 1pr.)<sup>224</sup>. Quien realiza la función de tutor en el patrimonio de un impúber, bien sea que se crea tutor, bien sea que se sepa que no lo es, pero que se finja tal, se entiende que gestiona los negocios como protutor (D. 27. 5. 1. 1)<sup>225</sup> y deberá realizarlo con la misma buena fe y diligencia que un tutor (D. 27. 5. 4)<sup>226</sup>. En resumen, existe la posibilidad de exigir responsabilidad, a través de la acciones de

---

<sup>223</sup> Nuestro Derecho civil actual regula la guarda de hecho en los arts. 303, 304 y 306 del C.C. Los arts. 305 y los arts. 307 a 313 C.C que también estaban destinados también a la regulación de la guarda de hecho con anterioridad a la reforma del C.C. operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre en virtud de la cual fueron dejados sin contenido, si bien debe advertirse que dichos preceptos dejados sin contenido no formaban parte de la redacción original del C.C. de 1889.

<sup>224</sup> D. 27. 5. 1pr (Ulpianus libro 36 ad edictum).- *Protutelae actionem necessario praetor proposuit: nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor an uero quasi tutor pro tutore administrauerit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut siue tutor est siue non sit qui gessit, actione tamen teneretur. solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit et sic gesserit, an uero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit.*

<sup>225</sup> D. 27. 5. 1. 1 (Ulpianus libro 36 ad edictum).- *Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, siue se putet tutorem, siue scit non esse, finget tamen esse.*

<sup>226</sup> D. 27. 5. 4 (Pomponius libro 16 ad Quintum Mucium).- *Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestare.*

protutela y procuratela, a quien sin haber sido nombrado tutor o curador ejerza sus funciones como si lo hubiere sido cuando no hubieren obrado en el ejercicio del mismo con la debida diligencia, la misma que se exige al tutor o curador.

Hemos considerado oportuno dedicar un apartado a tratar la protutela y procuratela por cuanto es un antecedente indiscutible de la actual guarda de hecho prestando labores de asistencia a quien no puede valerse por sí mismo de una u otra forma, sin que implique necesariamente que antes o después haya de promoverse un procedimiento judicial de incapacidad.

También es cierto que esta figura ha sido objeto de mayor desarrollo por las normativas forales o por nuestro derecho comparado que por nuestro propio ordenamiento jurídico, en la medida en que con ella quizá se haya visto la posibilidad de suplir las carencias de quien necesita cierta asistencia (que tampoco debiera estar exenta de control) pero sin las connotaciones que puede llevar consigo iniciar los trámites de una incapacidad, especialmente a nivel familiar, ya que en ocasiones se ven abocadas a iniciar los trámites para incapacitar a un familiar cuando quizá se podrían otorgar soluciones intermedias sin una necesaria declaración de incapacidad.



## **II. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO**

---





## **II. 1.- INTRODUCCIÓN**

Como hemos visto, en el Derecho romano la institución de la tutela se basa en la *potestas*, en la medida en que tenía como finalidad la salvaguarda del patrimonio del tutelado. Sin embargo, en regulaciones posteriores, se produce una evolución fundamental en la concepción de dicha institución, ya que se tiende a entenderla como un mecanismo de protección de los intereses del tutelado, dando preponderancia a la persona de éste por encima de la protección de su patrimonio<sup>227</sup>. Así es tal y como ha llegado hasta nuestros días teniendo uno de sus reflejos más claros en el art. 216 de nuestro actual Código Civil, en el que de forma expresa se establece que las funciones tutelares, que constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado, precepto del que nos ocuparemos con mayor amplitud en el tercer capítulo de nuestro estudio al examinar nuestro Derecho civil actual.

La recepción del Derecho romano en nuestro ordenamiento jurídico encuentra sus antecedentes más incipientes en el Derecho visigodo; en éste (Código de Eurico, Breviario de Alarico o *Lex Romana Visigothorum*) la influencia del Derecho romano es tan profunda que existen realmente pocos cambios respecto al Derecho romano postclásico, especialmente en el caso del Código de Eurico del que se llegó a decir que en su redacción probablemente intervinieron consejeros romanos<sup>228</sup>. No debemos obviar que, tal como pone de manifiesto Martínez de

---

<sup>227</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 25.

<sup>228</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 26.

Morentín Llamas<sup>229</sup>, la etapa de dominación, influencia e incorporación del territorio peninsular a la República y posteriormente al Imperio romano, duró en las distintas provincias en las que se articuló la Hispania y la Lusitania, seis siglos: del II a. C al IV d. C. El derecho aplicable fue predominantemente el Derecho romano vulgar, denominado así por ser derecho clásico simplificado, con fuertes influencias de componentes populares y provinciales<sup>230</sup>. La aplicación del Derecho romano, así como otras influencias provenientes de la metrópoli como la lengua, las obras públicas, la organización administrativa en provincias, municipios y colonias, y la cultura clásica greco-latina, sirvieron entonces como elemento de cohesión de los territorios peninsulares. La caída del Imperio romano de Occidente hacia el 476 d. C., supuso la instauración en el continente europeo de monarquías germánicas. En la península, los visigodos fueron, en gran medida, continuadores de los emperadores romanos, y su legislación aglutinó elementos germánicos, tradiciones locales y de Derecho romano, si bien éste último con carácter predominante.

Así pues, en la Península Ibérica no sólo resulta notoria la influencia del Derecho romano, sino que cabe hablar también de la influencia que ejerce el Derecho germánico, por ello haremos unas breves apreciaciones al respecto.

---

<sup>229</sup> Vid. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.L., *De la cura furiosi en las XII Tablas*, *cit.*, pp. 32ss.

<sup>230</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano y recepción del Derecho romano en Europa*, (Madrid 1999), pp. 215.

En el Derecho germánico la tutela correspondía a la *Sippe*<sup>231</sup>, un consejo formado por parientes dentro del séptimo grado, que tenían una función de vigilancia y autorización de determinados actos. La *Sippe*<sup>232</sup> era una asociación de carácter familiar que tenía influencias decisivas en la vida económica, religiosa, armada y jurídica. La *Sippe* si la entendemos como círculos parentales de consanguinidad, se utiliza para establecer la relación de cualquier persona con sus antepasados;

---

<sup>231</sup> Así lo pone de manifiesto GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable* (Madrid 1996) pp. 27 y ss., al hacer referencia a la *Sippe* señala que, si bien en un principio la misma era portadora de la tutela y la ejercía en mano común, pronto comenzó a encomendarse su ejercicio, en todo o en parte, a uno de los miembros que actuaba como fiduciario de la de la propia *Sippe*, el llamado a desempeñar la tutela era el pariente más próximo bajo cuya potestad (*mundium*) quedaba el pupilo. Su misión con el tiempo quedó reducida a una simple función de control y vigilancia ejercida sobre la actuación del tutor. De este modo, la tutela de la *Sippe* se convirtió en una supratutela, cuya fuerza se manifestaba en materia de matrimonios de pupilos, administración del patrimonio y destitución de tutores. El carácter de la potestad tutelar varió con el fortalecimiento de la figura del tutor frente a la *Sippe*, los derechos del tutor sumieron las características de la potestad paterna derivada del *mundium*: el pupilo era recibido en la comunidad doméstica y aparecía sometido a la autoridad del tutor; se encargaba, asimismo del patrimonio del pupilo, correspondiéndole la administración y disposición del mismo.

<sup>232</sup> En similar sentido se pronuncia Aragonés Aragonés, quien señala que la *Sippe* germánica constituye un sistema de tutela de familia, dónde ésta desempeña un papel preponderante, sin intervención de los poderes públicos y que tiene como rasgos más característicos la existencia de una sola institución de guarda, desconociéndose la bipartita romana de tutela y curatela; se atribuye a los parientes más próximos de forma conjunta y se trata de un sistema en el que se desconoce la tutela testamentaria, permitiéndose únicamente la tutela legítima. Sin embargo, en la medida en que este sistema se reveló insuficiente e imperfecto para la protección del tutelado se abandonó y se pasó al sistema concebido en Las Partidas. ARAGONÉS ARAGONÉS, R., *Constitución de la tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y fianza*, pp. 1-87, p. 5, [http://www.derechocambiosocial.com/revista022/constitucion\\_de\\_la\\_tutela.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista022/constitucion_de_la_tutela.pdf).

mientras que, si la consideramos como estirpes, esto es, como asociación genealógica por vía del sexo masculino (tronco, linaje, gens), reúne a todos los hombres y mujeres descendientes de un tronco masculino común, aplicando el principio de agnación, según el cual el parentesco se determina a través del vínculo masculino existente entre las personas de varias generaciones que descienden de un varón, punto común de partida de todas ellas. Así pues, se trata de lazos de pertenencia familiar y de consanguinidad, no de vida en la comunidad doméstica, si bien, la misma reúne efectos jurídicos tanto públicos como privados, en cuanto comunidad de parentesco, asegurando a sus miembros defensa para sus derechos; promoción social y personal y solidaridad jurídica, especialmente procesal y penal<sup>233</sup>.

Por otra parte, la potestad jurídica, que no propiedad, del señor de la casa (*Fro*) sobre todos los integrantes de la comunidad doméstica incluidas en ella por matrimonio o por aceptación del padre de familia, se denominaba el *Munt* o *Mudium*<sup>234</sup>.

La influencia de instituciones de Derecho germánico se plasmó en la época de la Reconquista, informando nuestro Derecho gótico o nacional en el Fuero Viejo y el Fuero Real, incluso en los fueros municipales, en los que se atribuye el ejercicio de la tutela a los parientes más próximos, a la madre, en su defecto o en caso de segundas nupcias a los hermanos, tíos, primos y en último término, a la persona

---

<sup>233</sup> PÉREZ-PRENDES MUÑOZ ARRACO, J. M., *Breviario de Derecho Germánico* (Madrid 1993) pp. 17 y ss.

<sup>234</sup> PÉREZ-PRENDES MUÑOZ ARRACO, J.M., *Breviario de, cit.*, pp. 17 y ss.

designada por los parientes en presencia del juez<sup>235</sup>. La influencia del Derecho germánico se concretó en la desaparición de la dualidad tutela-curatela, así como la tutela testamentaria, estableciéndose una tutela familiar colectiva en la que la familia tenía un papel fundamental en el control de la misma<sup>236</sup>. En el Derecho medieval se va sustituyendo la concepción de la institución tutelar que había establecido el Derecho romano, por cuanto se instaura una sola institución con el nombre de guarda o tutela, correspondiendo la misma a los parientes más próximos, los cuales la ejercen de forma colectiva, o al menos por delegación en uno de ellos, de conformidad con la concepción germánica<sup>237</sup>.

Por el contrario, la obra legislativa de Alfonso X el Sabio, Las Partidas, muestra una clara inspiración en la Compilación Justiniana, que retornando al sistema establecido en el Derecho romano, vuelve a la distinción entre las instituciones de la tutela y la curatela, que se regulaban como dos mecanismos diversos, en atención a los distintos supuestos que les corresponden, la tutela se da por razón de menor edad a los huérfanos impúberes y la curatela por razón de edad (huérfanos púberes) y de incapacidad<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> Vid. ARAGONÉS ARAGONÉS, R., *Constitución de la tutela, cit.*, p. 5,

<sup>236</sup> CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental* (Pamplona 2004) p. 128.

<sup>237</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 31.

<sup>238</sup> Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil, V, Derecho de Familia, vol II*, (Madrid 1912) p. 1278, quien pone de manifiesto que la tutela reemplaza a los padres y la curatela a los mismos incapacitados.

## II. 2.- ORDENAMIENTOS ANTERIORES AL CÓDIGO CIVIL

### II. 2. 1.- Fuero Juzgo

El Fuero Juzgo<sup>239</sup>, es decir las versiones romances del *Liber Iudiciorum* realizadas bajo los reinados de Fernando III y Alfonso X, se ocupa de la figura de la tutela en el título III dentro del libro IV dedicado al “*linaje natural*” y en particular el título III “*de los huérfanos e de los que defienden*”.

Sin embargo, el fundamento de la tutela parece que lo encontramos, tal como recoge Valdés Valentín-Gamazo<sup>240</sup>, en el Capítulo I, Libro IV y que lleva por título “*Que aquel es dicho huérfano que non a padre ni madre*”, al establecer “*Gran piedad es dar omne conseio á los menores que non pierdan sus cosas. E por ende maguer que fasta aquí los fijos pequennos que non a menor cuidado del fijo que el padre, por ende mandamos que los fijos que son sin padre, é sin madre fasta XV annos, sean llamados huérfanos...*”. Así, tal y como aparece reflejado en el texto, la fundamentación del establecimiento de la tutela se configura en atención al cuidado de los huérfanos y de sus bienes. Y tal como subraya Valdés Valentín-Gamazo, parece que se otorga un poder similar sobre el hijo tanto al padre como a la madre.

Ahora bien, en el Fuero Juzgo no existía la tutela testamentaria, ésta no fue introducida en los textos medievales hasta las Partidas<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> La edición utilizada es un facsímil del *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por La Real Academia Española*, Ed. por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., (Madrid 1815).

<sup>240</sup> Vid. VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 32.

<sup>241</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, pp. 32 y ss.

El Fuero Juzgo adolece de diversas carencias, en la medida en que no menciona mecanismo concreto alguno en virtud del cual el menor pueda pedir responsabilidades al tutor, aun cuando en la ley IV del título III aludido deja entrever la posibilidad de que al alcanzar el menor la mayoría de edad, pueda exigir al tutor el resarcimiento de los daños sufridos; así como tampoco se ocupa de otros posibles incapaces necesitados de tutor, como los locos, dementes, pródigos, etc.<sup>242</sup>, por lo que en este apartado nos ocuparemos de la previsión que el Fuero Juzgo nos ofrece en relación la institución de guarda, y más concretamente de la tutela, eso sí referida al ámbito de protección de los menores.

Pero dentro del Fuero Juzgo el texto que suscita más nuestro interés en la elaboración del presente trabajo es el contenido en capítulo III del Libro IV y que lleva por rúbrica “*Cuemo debe omme recibir la guarda de los huérfanos, é quanto debe aver de sus cosas*”. Nos interesa este texto porque consideramos que es en él dónde se configura la aplicación de la institución tutelar en una serie de supuestos, si bien siempre circunscrita en los casos de orfandad. Ahora bien, respecto a la configuración de la figura que contempla este capítulo como una figura de carácter asistencial tampoco ha sido una cuestión pacífica ni plenamente aceptada por todos los autores, tal y como pone de sostiene Valdés Valentín-Gamazo<sup>243</sup>, pues a decir del mismo, algunos autores cuestionaban este carácter asistencial por cuanto con la palabra *guarda* entendían que la misma venía referida a la patria potestad, fijándose en que únicamente tienen la consideración de huérfanos los que carecen de padre y madre; sin embargo, el significado que la

---

<sup>242</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 34.

<sup>243</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 32.

voz *guarda* tenía en el Derecho antiguo no podía desvincularse en modo alguno del significado de la tutela.

A continuación vamos a transcribir el contenido expreso del texto para posteriormente seguir con un análisis del mismo.

Así, en dicho texto expresamente se dice que: *“Si el padre fuere muerto, la madre deve haver los fijos de menor edad en su guarda, si ella quisiere é si se non casare, assí que de las cosas de los fijos faga un rescripto. E si la madre se quisiere casar, é alguno de los fijos fuere de edad de XX. annos fasta XXX., este deve haver los otros hermanos é las sus cosas en guarda, é non las dexar ennaienar ni perder á ellos ni á otri. E su por ventura alguna cosa ende diere, ó vendiere, ó gastare, ó perdiere por su negligencia, todo lo debe entregar de su partida. E mandamos que tome todo el diezmo del fructo que viva, porque non faga grandes despensas en lo al. E si algunas despensas fiziere por los negocios de los hermanos de lo suyo, muéstrelo al juez, é cóbrelo de lo de sus hermanos comunalmente. E si los hermanos non fueren de tal edad, o de tal discrecion que devan haver los otros en guarda; estonze el tio ó el fijo del tio debe aver la guarda dellos en tal manera, cuemo dixiemos del hermano. E si el tio ó el filio del tio non es de tal, que lo deva aver, estonze el juez lo dé á alguno de los otros parientes. E si la madre oviere la guarda de los fijos o quenquier otri, faga escripto de todas las cosas que dexó su padre á los huérfanos ante tres testimonios, ó cinco, presentes sus parientes, é delante aquellos testimonios que son en el escripto, sea dado es escripto al obispo, [...]”*.

Procedamos pues, a continuación a su análisis de forma más pormenorizada.



Fijándonos en una primera parte de este texto, concretamente “*si el padre fuere muerto...é si non casare,...*” observamos cómo el él se prevé la asunción de la tutela por la viuda con respecto a los hijos huérfanos, que quedará al cuidado de los bienes de sus hijos mientras ostente tal condición, es decir, mientras no contraiga nuevas nupcias<sup>244</sup>.

Continúa el texto especificando qué ocurría en el supuesto en el que la madre contrajera nuevas nupcias estableciendo “*E si la madre se quisiere casar,... ni perder ni a ellos ni á otri*”, por lo tanto, en el caso en el que ésta contraiga nuevo matrimonio y existan otros hijos con edades comprendidas entre los veinte y los treinta años, serán éstos quienes se ocuparán de administrar los bienes de sus hermanos menores. Respecto a la asunción del cargo de la tutela por parte del hermano mayor de veinte años, no contiene ninguna previsión sobre si ese hermano tuviere algún tipo de limitación para el ejercicio del cargo, o si por el contrario tendrá las mismas facultades que ostentaba la madre, por lo que parece que debe entenderse que dicho hermano ejercerá la tutela sin ningún tipo de limitación<sup>245</sup>.

Para los supuestos en los que la madre contrajera nuevas nupcias y los hermanos del menor no hubieren alcanzado la referida edad, contempla el Fuero Juzgo que “*E si los hermanos non fueren de tal edad, o de tal discrecion que devan haver los*

---

<sup>244</sup> A este respecto, recuerda Valdés Valentín-Gamazo que la referencia a un nuevo matrimonio y el hecho de condicionar la tutela a este matrimonio no es nueva, puesto que ya en el Código de Eurico se preveía que el padre que tras enviudar contrajere segundas nupcias debía entregar todo y esto para evitar el posible daño que les pudiese ocasionar la madrastra. VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 33.

<sup>245</sup> A decir de VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 33.

*otros en guarda; estonze el tio ó el fiio del tio debe aver la guarda dellos en tal manera, cuemo dixiemos del hermano”,* es decir, se establece un sistema de régimen supletorio, de tal forma que la tutela en esos casos será asumida por el tío del menor y en ausencia de éste por el primo del menor, y además a cualquiera de ellos resultarán de aplicación las mismas previsiones que se habían establecido para los supuestos en los asumía la tutela el hermano del menor.

Y en caso de ausencia de cualquiera de los anteriores el Fuero Juzgo señala que *“E si el tio ó el filio del tio non es de tal, que lo deva aver, estonze el juez lo dé á alguno de los otros parientes”*. De conformidad con ello el cargo corresponderá a alguno de los de los parientes. A este respecto puntualiza Valdés Valentín-Gamazo el pariente que vaya a ejercer el cargo de tutor según el texto latino deberá ser elegido por los demás parientes, y en el romanceado al juez, y deberá ser aceptado el primero de éstos. Según este autor la intervención del juez se introduce al traducirse este Código al castellano. Por otra parte resalta la falta de tutela testamentaria en el Fuero Juzgo, en la medida en que la misma no será contemplada hasta Las Partidas.

Continuando con el análisis del texto, nos ocupamos ahora de un fragmento que consideramos viene referido a la posibilidad de exigencia de responsabilidad al tutor por una gestión negligente, *“E su por ventura alguna cosa ende diere, ó vendiere, ó gastare, ó perdiere por su negligencia, todo lo debe entregar de su partida.*

En este fragmento del texto parece que se apunta un sistema de responsabilidades exigibles para aquellos que ejerzan las funciones tutelares en relación a la gestión

que efectúen de los bienes de los menores<sup>246</sup>, de tal forma que en caso de gestión negligente deberán responder por ello con sus propios bienes. Este texto del Fuero Juzgo entendemos que se exige del tutor la conservación de los bienes de su tutelado, pues se le exige que deberá realizar su tarea procurando que las cosas en guarda del huérfano menor de edad no sean objeto de venta ni se pierdan, ya que en caso que así tuviere lugar y ello fuere debido, tal como ya hemos apuntado, a una conducta negligente del tutor expresamente hace constar el texto que *todo lo debe entregar de su partida*.

Al mismo tiempo el texto establece que para evitar grandes gastos por el tutor se le permita que tome el diezmo de los frutos “*E mandamos que tome todo el diezmo del fructo que viva, porque non faga grandes despensas en lo al*”.

Ahora bien, cuando el tutor realizare gastos de sus propios bienes en beneficio del tutelado, también se le permite que se pueda resarcir por ello, “*...E si algunas despensas fiziere por los negocios de los hermanos de lo suyo, muéstrelo al juez, é cóbrelo de lo de sus hermanos comunalmente...*”. Pero tal como vemos reflejado en el texto, no parece que pueda realizarlo sin más atendiendo sin más a su propio criterio, sino que con carácter previo, deberá darle cuenta al juez de dichos gastos, es decir, justificarlos, para poder resarcirse por ello.

Otro extracto del texto establece que: “*E si algunas demandas fueren hechas contra los niños, aquel que fuere su defendedor debe responder por ellos*”. Este

---

<sup>246</sup> A este respecto Valentín-Gamazo puntualiza que el Fuero Juzgo adolece de ciertas lagunas, ya que, entre otras cosas, no menciona cuáles son los medios de los que dispone el menor cuando alcance la mayoría de edad para poder exigir responsabilidades al tutor. VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica*, cit., p. 34.

texto contiene la previsión de que quien esté encargado de la defensa de un menor responda por éste en el caso que fuera demandado. Respecto a quien debe considerarse que ostenta la condición de *defendedor* resulta evidente que no puede ser otro que el tutor del menor.

Este fragmento es visto por Valdés Valentín-Gamazo<sup>247</sup> como una clara reminiscencia del Derecho romano, y más concretamente del texto contenido en D. 42. 1. 45. 2<sup>248</sup>, referido a la representación legal del menor el juicio y en el que se establecía que no podía dictarse una sentencia contra un menor si no actuaba con representación legal, ostentando dicha condición quien hubiere sido nombrado su tutor.

El Fuero Juzgo, en el Libro IV, Título III, Capítulo IV que lleva por título “*Que los que defienden los huérfanos non les fagan fazer nengun escripto*”, contempla la posibilidad de sancionar con la nulidad determinados documentos que haya podido firmar el menor bajo la presión de su tutor para utilizar bienes en su provecho “*Porque los huérfanos mientras que son pequennos non pueden defender sus cosas ni á si mismos, derecho es que sean en guarda otri fasta tiempo establecido. Mas porque algunos defenedores los engannan por falamiento, ó por miedo, é fazenles dar recabdo, que les non demanden razón de sus cosas, ó los fazen ende fazer algun escripto que nunca les fagan ninguna demanda, ó de quitamiento, ó de avenencia que faga fazer el defendedor por él ó por otri, non vala esto nada, ni aya nenguna fuerza...*”. En este texto se contempla incluso la

---

<sup>247</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica*, cit., p. 33.

<sup>248</sup> D. 42. 1. 45. 2 (PAULUS libro primo sententiae).- *Contra indefensos minores tutorem vel curatorem non habentes nulla sententia proferenda est.*

nulidad para cualquier documento que el tutor hubiera podido hacer firmar al menor en el que se hiciera constar la exoneración de cualquier tipo de responsabilidad al tutor por los actos realizados por dolo o culpa en su gestión de manera que hiciera inviable cualquier tipo de reclamación contra el tutor por la gestión llevada a cabo en el ejercicio de su cargo de tutor, así como también se contempla la nulidad de cualquier otro escrito mediante el que el tutor pudiera adueñarse de los bienes del tutelado sin que éste tuviera la más mínima oportunidad de defenderse,...

Así pues, como hemos visto en el Fuero Juzgo la mención a la figura asistencial de carácter tutelar que nos encontramos viene únicamente mencionada con respecto a los menores de edad, sin que se efectuó mención alguna a la figuras de otros incapaces como son los dementes, los locos, los pródigos, ... Pero además la regulación que el Fuero Juzgo efectúa de la figura de guarda resulta aún bastante limitada y adoleciendo de numerosas carencias, ya que aunque parece que configura un sistema de responsabilidad para el tutor por las acciones negligentes por dolo o culpa realizadas en su gestión, al no concretar el procedimiento concreto para poder materializar la exigencia de esta responsabilidad parece que en la práctica se tornará en ineficaz<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup> En similar sentido a Valdés Valentín-Gamazo se pronuncia en este punto Guilarte Martín-Calero al recoger la doctrina de LETE DEL RÍO, J.M. *La responsabilidad de los órganos tutelares*, (Valladolid 1965) p. 35, quien en materia de responsabilidad señalaba que la regulación de la ley tercera nos muestra no una verdadera y eficaz responsabilidad en *pro* del tutelado, sino solamente un deseo de conservar íntegro el patrimonio del huérfano, y que por su mismo carácter general, sin determinación de procedimiento, parece que será inexistente en la práctica. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable* (Madrid 1996) p. 30.

## II. 2. 2.- Fuero Viejo de Castilla

El Fuero Viejo de Castilla<sup>250</sup>, otro de los textos de nuestro Derecho medieval, regula la tutela en el Libro V, Título IV, que lleva por rúbrica *“De la guarda de los guerdanos, e de suos bienes,”*. Tampoco la regulación que nos ofrece el Fuero Viejo de Castilla es todavía amplia y detallada volviendo a dirigirla nuevamente al ámbito de los menores, al igual que ya ocurría en el Fuero Juzgo, pero aquí especialmente al patrimonio del mismo, como iremos explicando en este apartado de nuestro trabajo.

El análisis del Libro V, Título IV, Capítulo I, lo dividiremos en dos apartados siendo así que el primero de ellos reza el siguiente tenor: *“Quando ome, o mujer muere e deja fijos chicos que non sean de edat, e dejalos el padre, o la madre eredat o mueble, dedevenlos tomar los parientes mas propinquos a ellos, es sus bienes deven ser arrendados a quien mas dier por ellos. E si los parientes que covieren los moços dieren tanto por tanto, como otros dieren por ellos, que los ayan ante que otro; o si el padre, o la madre, o uno dellos que finca vino lo quisier tanto por tanto, aya el creditamiento, e téngalos fijos, e suos bienes. E si otro ome estraño que non sea pariente, lo quisier arrendar, e dier mas por ellos que los parientes, dando buen recabdo, devengelos arrendar los parientes mas propinquos, e los Alcalles”*

En este primer apartado, en que parece que se consagra el establecimiento de la tutela legítima, también podemos destacar que especifica el destino concreto que

---

<sup>250</sup> La edición utilizada es un facsímil del *Fuero Viejo de Castilla. Sacado, y comprobado con el exemplar de la misma Obra, que existe en la Real Biblioteca de esta Corte, y con otros MSS.* Imprenta de D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M, (Madrid 1771).

debe darse a los bienes del menor sujeto a tutela, y que no es otro que proceder al arrendamiento de los bienes del tutelado que debe realizarse por el tutor, cuyo cargo recaerá en los parientes más próximos. Resulta curioso la específica mención que efectúa a que los bienes del menor deberán ser objeto, específicamente, de arrendamiento, y lo que es más concreta las condiciones del arrendamiento en la medida en que establece que deberá arrendarse a aquél que más diere por tales bienes, si bien establece también un régimen de preeminencias respecto a quien deberá darse los bienes en arrendamiento, ya que específicamente contempla que si existen parientes más próximos interesados en arrendar tales bienes serán estos quienes tendrán preferencia frente a un tercero.

La segunda parte del primero de los capítulos de dicho título que vamos a proceder a analizar dice así: *“E si fueren tales guerfanos, que non ayam pariente en el logar, deven los Alcalles arrendarlo a quien mas dier por ellos, e tomar dello buen recabdo, porque quando los niños fueren de tiempo, que puedan aver lo suo en salvo. E si los guerfanos menos cabaren salgo de suos bienes por culpa de los Alcalles de los pechar quanto por ello menoscabaren. E si por aventura se finaron los niños, que finquen los suos bienes en los parientes mas propinquos”*.

En esta segunda parte llama la atención, como así pone de manifiesto Valdés Valentín-Gamazo<sup>251</sup>, además del hecho que siga sin hacerse referencia a la tutela del menor y que casi todas las normas vayan dirigidas al cuidado y protección del patrimonio, pero no de su persona, que la atribución del arrendamiento de los bienes del menor en caso de ausencia de parientes venga encomendada a los *alcalles*, y estima Valdés Valentín-Gamazo que especialmente llamativo resulta

---

<sup>251</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 35.

que se establezca que éstos deberán responder de los menoscabos de los bienes, porque en la medida en que el *alcalde* realizaba las funciones del juez, en principio éste no tendría porqué responder de sus acciones.

En el Libro V, Título IV, Capítulo I, tal como hemos visto nos llama especialmente la atención la circunstancia de que casi todas las normas de la tutela van dirigidas a la protección del patrimonio del menor y no a su persona, sin que se efectúe ninguna referencia a la tutela del mismo y resulta igualmente curioso el establecimiento específico del destino que debe darse a los bienes del menor, que no es otro que el arrendamiento de sus bienes y a quien debe atribuirse dichos bienes en arrendamiento.

El libro V, Título IV, Capítulo II, del Fuero Viejo de Castilla tiene el siguiente tenor: *“Por tres cosas pueden vender los guerdanos: por gobierno, o por debda de padre, o de madre, o por pecho de Rey. Por estas tres cosas sobredichas pueden vender suos bienes los que ouieren guardador, e si non ouieren guardador la justicia debe prender al pariente mas cercano para que venda de suos bienes para comprir esto, e para auerlos en guarda; e si pariente propinquo non ouier que sea para ello, la justicia debe darlos a quien guarde a ellos, e a suos bienes, e quel cumpra aquesto, si menester fuese; e si por qualquier destas tres cosas sobredichas fueren vendidos algunos de los bienes de los guerdanos, de velos vender aquel que los touier en guarda con conseio del Alcalde; e la venta que ansi fuer fecha a aquel que mas dier, porque lo de los guerdanos fuere vendido, quier sea mueble, quier rais, debe valer.”*

Así, en este segundo capítulo se hacen constar las razones por las que pueden vender los huérfanos. Establece los motivos por los que se pueden vender los



bienes de los huérfanos por parte de su guardador (tutor) y los concreta en tres, por gobierno (los gastos propios para la alimentación del menor), por deuda del padre o de la madre o por pecho del Rey (pago de algún tipo de tributo). Al mismo tiempo contiene la previsión consistente en que en el caso que algún menor no dispusiere de tutor (aunque no utiliza esta palabra sino la de guardador), será la justicia la encargada de encomendar dicha tarea al pariente más cercano, si lo hubiere, y en ausencia de éste a quien considere más oportuno (se contempla así con ello la figura de la tutela dativa<sup>252</sup>) para el cumplimiento del encargo de la venta de los bienes del huérfano. También se establece en este texto que para la disposición de los bienes del menor se exige el consejo o autorización del alcalde. Asimismo, establece que la venta, siempre por alguno de los motivos expuestos, deberá otorgarse a favor quien más dé por el bien o bienes de los huérfanos, con independencia de que se trate de un bien mueble o inmueble.

El Capítulo III se expresa en los siguientes términos: *“Ningund niño chico, nin ningund niña chica, nin ningund guerfano, nin ninguna guerfana fasta que aya dies a seis años, por cuita que aya, nin por ninguna cosa, si non fuer por gobernación, o por pecho del Rey, o por debda que padre, o madre devan seyendo sanos, non ayan poder de vender, nin ninguna de sus cosas. Mas despues que comprisen siete años el guerfano, o la guerfana, e mandare dar alguna cosa por sua alma, si de aquella enfermedar murier, que aya poder de dar la quinta parte por sus alma: e quanto ouier, e todo, si quisier, por su alma, e de que ouier*

---

<sup>252</sup> En este sentido se pronuncia GUTIÉRREZ, B., en *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, I, (Madrid 1862), p. 625.

*diez o seis años, es de edat comprida, e puede facer de suos bienes lo que quisiese”.*

Tal como vemos en el texto transcrito, en el tercer capítulo se establece una limitación de disposición sobre los bienes del menor en la medida en que el mismo no puede disponer en ningún caso si no tiene al menos dieciséis años, fuera de los casos contemplados en las disposiciones anteriores<sup>253</sup>.

Para los casos del fallecimiento del menor, el Fuero Viejo distingue los supuestos en los que el menor fallece teniendo más de siete años de edad y menos de doce años y aquellos casos en los que fallece teniendo entre doce y dieciséis años y cuando fallece teniendo más de dieciséis. Pues bien, si el fallecimiento del menor en el primer supuesto, es decir entre los siete y los doce años de edad se permite que el menor mediante disposición testamentaria pueda dar en testamento un quinto de sus bienes. En los casos en los que el fallecimiento del menor tenga lugar entre los doce y los dieciséis años de edad el menor podrá dar en testamento la mitad de sus bienes y en los casos en los que el menor hubiere ya cumplido los dieciséis años mediante disposición testamentaria se le permite disponer de la totalidad de sus bienes.

Acabamos nuestro examen del Fuero Viejo de Castilla en relación a la materia que nos ocupa y preocupa con el análisis del contenido del Capítulo IV del Título IV y que dice así: *“Esto es Fuero de Castiella: Que si algunos guerfanos que non an*

---

<sup>253</sup> Diferimos en este punto de lo expresado por VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, pp. 34-35 por cuanto el mismo señala que ni siquiera en los casos del capítulo anterior podría el menor que no haya alcanzado los dieciséis años disponer de sus bienes y compartimos el criterio recogido por GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema, cit.*, p. 31.

*tiempo, algund ome les quisier facer alguna demanda, debe ser llamado el mas cercano pariente, si ouier tomado los de los guerfanos, ansi como es derecho, e debe aquel recabdar, e raçonar por ellos, e si non quisier raçonar, prendanle fasta que venga raçonar por ellos: e si non ouier tomado lo de los guerfanos, e non quisier raçonar, devese ante los Alcaldes partir de aquel eredamiento, en tal que si morieren aquellos guerfanos sin tiempo, que nunca erede en ellos. E esto fecho debe mandar a otro pariente el mas cercano, e pasará por ello, e si aquel non lo quisier, otrosi devese partir de los bienes del guerfano; e esto fecho demandar a otro pariente, e pasar por tal, e de que pariente non fallaren, deven los Alcaldes raçonar lo de los guerfanos.”*

En este capítulo (Ley IV), tal como observamos en el texto se impone al pariente más cercano la obligación de defender al huérfano que resultare demandado. A estos efectos se establecen también una serie de prevenciones para cuando dicho pariente que hubiere asumido las funciones de tutor del menor no desee defender los intereses del menor demandado, como es su obligación. En el caso que el pariente-tutor no obedezca al cumplimiento de sus obligaciones de defensa se establece que se le prenderá hasta que esté dispuesto a cumplir con sus obligaciones de defensa del huérfano. Pero si aun así el tutor se negare a defender al menor únicamente podrá librarse de ello siempre y cuando cumpla una serie de formalidades ante el alcalde. Estas formalidades, que tendrán calado y trascendencia económica, consistirá en que el pariente renunciará ante el alcalde a

ser el heredero del huérfano menor<sup>254</sup>. Una vez tenga lugar esta renuncia se buscará a otro pariente cercano que deberá asumir dicha obligación y para el supuesto que ningún pariente estuviese dispuesto a asumir la defensa del menor corresponderá a los alcaldes razonar la de los huérfanos.

Tal como hemos expuesto todas las previsiones contenidas en el Fuero Viejo en relación a la tutela de los menores va encaminada a la protección del patrimonio del mismo y no se encuentra en su regulación preocupación alguna por la persona del menor. En este texto por tanto, la figura de la tutela se preocupa únicamente de proteger el patrimonio y no la persona del menor. Esta será también una de las principales diferencias con lo que contempla nuestro ordenamiento jurídico actual en materia de tutela y muy especialmente la que atañe a los menores, pero esta es una cuestión que no corresponde abordar en este punto de nuestro trabajo y de la que ya nos ocuparemos más adelante.

Tampoco en el Fuero Viejo de Castilla parece que nos encontremos ninguna referencia a la tutela de los locos o los pródigos, como ya ocurría en los textos analizados hasta el momento en el presente capítulo de nuestro estudio.

---

<sup>254</sup> Resalta VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 36, que esta sanción que constituye la posibilidad de castigar al pariente obligado a defender al menor no era contemplada en el Fuero Juzgo y por tanto, lo diferencia de él.

## **II. 2. 3.- Fuero Real de España**

El Fuero Real de España<sup>255</sup>, finalizada su redacción en 1254, es una obra de Alfonso X estructurada en cuatro libros, se ocupa en el Libro III, Título VII de la guarda de los huérfanos y de sus bienes. Su Título VII que está dividido en tres Leyes, regula la tutela legítima y la tutela dativa en la segunda de ellas.

La Ley I del Título VII lleva por rúbrica “*De qué edad ha de ser el que ha de guardar huérfanos*” y dice así: “*Todo home que ovier de guardar huerfanos, e sus bienes, deve seer de XX años al menos, e deve seer cuerdo e de buen testimonio, e abonado; et si tal non fuere, non pueda guardar a ellos, nin a sus bienes*”.

Tal como observamos de conformidad con el anterior texto, se fija la edad para ejercer la guarda de los huérfanos (tutela) en la edad mínima de veinte años, estableciendo aquí como peculiaridad que debe estar cuerdo y de buen testimonio, ya que en otro caso no se le podrá atribuir la guarda ni del menor ni de sus bienes.

En este punto de nuestro análisis considero que debemos pararnos a realizar una consideración aunque sea mínima, a una de las frases contenidas en el texto del Fuero Real transcrito anteriormente, nos estamos refiriendo al condicionante de que quien deba asumir el cargo de tutor de un huérfano deba ser cuerdo (“...*é deve ser cuerdo...*”); considero que al menos deberemos preguntarnos si aquí no existe ya un intento de incorporar la locura como imposibilidad para el desempeño del cargo tutelar como ya venía contemplando en el Derecho romano y que no hemos

---

<sup>255</sup> La edición utilizada es un facsímil del *Fuero Real del Rey Don Alonso en Sabio. Copiado del códice del Escorial y cotejado con varios códices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia*. Imprenta Real (Madrid 1836).

encontrado en ninguno de los textos analizados en el presente capítulo de nuestro trabajo. Dejo aquí en el aire esta cuestión, pues opino que debe al menos plantearnos alguna reflexión en el sentido apuntado.

La segunda Ley del Título VII, Libro III, en la que tal como hemos indicado se regula la tutela dativa y la legítima, lleva por rúbrica *“Como los parientes más propinquos deuen ser tutores de los menores”* y se pronuncia en los siguientes términos: *“Si algunos huerfanos que sean sin hedat fincaren sin padre e sin madre, los parientes mas propincos que ayen hedat, e que sean para ello, reciban a ellos e a todos su bienes, delante el alcalle e delante omes buenos, por escripto, e guardenlos fasta que los huerfanos vengan a hedat: et si non ovieren parientes que sean para ello, el alcalle délos en guarda con todos sus bienes a algun ome bueno, e téngalos de su fruchos e tome para sí el diezmo de los fruchos por razón de su trabajo: et quando vinieren a hedat, dexeles todo lo suyo antel acalle por el escripto con que lo recibió, e deles cuenta derecha de los fruchos que ende recibió. Et si alguna demanda ficeren a los huerfanos, o ellos ovieren a demandar a otre, aquel que los a en guarda pueda demandar e responder por ellos, ...”*

Al igual que ocurría en el Fuero Juzgo y el Fuero Viejo de Castilla se establece que el cargo de tutor deberá ser desempeñado por el pariente más próximo, contemplándose con ello el establecimiento de la tutela legítima.

Al mismo tiempo también se contempla la posibilidad de la tutela dativa por cuanto se prevé que para el supuesto de que no existieran parientes el alcalde nombrará algún hombre bueno para que se ocupe de guardar todos los bienes del huérfano.

Para Valdés Valentín-Gamazo<sup>256</sup> la originalidad de esta segunda ley radica en el hecho de que la persona que tome para sí la tutela de los huérfanos podrá hacer suyo el diezmo de los frutos por razón de su trabajo, concibe que este diezmo se establece como un premio al esfuerzo y tiempo perdido por el tutor en cuidar al huérfano, ya que si la economía del tutor era precaria, el tener que mantener al huérfano suponía una carga que en algunos casos podía llegar a ser intolerable. Señala Valdés Valentín-Gamazo que el establecimiento del diezmo de frutos a favor del guardador o tutor es la única innovación que aparece en este texto respecto a los anteriores. Sin embargo, en este punto diferimos de la posición de este autor por cuanto consideramos que la previsión del diezmo de los frutos ya venía establecida en el Fuero Juzgo, en su libro IV, Título III, Capítulo III cuando dice “*E mandamos que tome todo el diezmo del fructo que viva, porque non faga grandes despensas en lo al*”, tal como ya habíamos apuntado al ocuparnos del análisis del Fuero Juzgo.

Esta segunda ley también impone a los guardadoras toda una serie de obligaciones, tales como realizar inventario solemne en presencia del Alcalde, devolver los bienes según el inventario, así como de rendir cuentas sobre su gestión o comparecer en juicio, tanto en calidad de demandado como de demandante, se trata en definitiva de la defensa, como legal representante del mismo, de los derechos del menor, al igual que ya contemplaba el Fuero Juzgo y el Fuero Viejo de Castilla.

Por último nos detendremos a analizar la parte final de esta ley y que reza del siguiente tenor: “*...e lo que él ficiere vala, fuera si lo ficier con engaño o daño*

---

<sup>256</sup> Vid. VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica*, cit., p. 37.

*dellos: et si por su negligencia o por su culpa algun daño recibieren los huerfanos en su bienes, sea tenuto de gelo pechar: et si los huérfanos algun pleito le ficieren a su daño por alguna guisa mientras los toviere en poder, non vala: et si despues que fueren de hedat les toviere sus bienes o alguna cosa dellos, respondales sobrellos quando quier que gelos demanden, e non se pueda defender por año e dia. Et quando el padre o la madre moriere e fijos fincares, entresn los fijos en los bienes del muerto, o otros herederos derechos si fijos non oviere.”*

Tal como vemos en el anterior fragmento transcrito se fija un sistema de responsabilidades para con el tutor que tuviere una gestión negligente en la que mediere culpa o dolo y que como consecuencia de ello se vieren perjudicados los intereses del menor, de hecho el texto se expresa del señalando que “...y lo que fiziere vala, fueras si lo fiziere con engaño o daño de ellos; é por su negligencia ó culpa algún daño rescibieren los huérfanos en sus vienes, sea tenuto de gelo pechar...”. Se contempla, por tanto, la posibilidad de que el huérfano cuando alcance la edad suficiente pueda exigir al guardador responsabilidades por las actuaciones que éste hubiera realizado con negligencia, sea por culpa o dolo y que hubieren causado algún perjuicio en los bienes del huérfano.

En la Ley III del Libro III se regula la tutela de la madre viuda mientras no contraiga nuevas nupcias “*Si el padre moriere e fijos fincaren dél sin hedat, la madre non casando, tome a ellos e a sus bienes si quisiere, e tengalos en su guarda fasta que sean de hedat: et los bienes de los fijos recíbalos por escripto ante los parientes mas propincuos del muerto e delante alguno de los acalles; et si la madre se casare, non tenga mas a los fijos nin a sus bienes en guarda: et el alcalle con los parientes mas propincuos del muerto, de a ellos e a sus bienes a*



*quien los tenga en guarda así como dice la ley de suso; et si la madre moriré e fincare el padre, tenga los fijos e a sus bienes, quien case quier nom, e guarde a ellos e a sus bienes, así como manda la ley”*. Como vemos, la regulación de este supuesto es prácticamente idéntica a lo que establecía al respecto el Fuero Juzgo, por lo que nos remitimos a lo analizado allí en esta materia.

Como conclusión al análisis del Fuero Real de España, mencionaremos una serie de conclusiones que efectúa Guilarte Martín-Calero<sup>257</sup>, siguiendo a Pérez González y Castán quien recoge que como rasgos más destacados del derecho tutelar nacional los siguientes: la reunión en una sola institución de la guarda o tutela (desconociendo la bifurcación romana de tutela y cura); atribución del ejercicio activo de la tutela a los parientes más próximos; desconocimiento de la tutela testamentaria; y actuación de una tutela familiar colectiva.

Según señala Guilarte Martín-Calero<sup>258</sup>, para Lete del Río, la tutela recogida en los fueros es una institución que acoge del primitivo Derecho romano su concepción como una *potestas*, de una protección no del pupilo sino de su patrimonio; y del Derecho germánico, esa preferencia, casi exclusiva, por la familia; se trata, en definitiva, de un sistema insuficiente, imperfecto y en ningún modo protector del tutelado.

Remarquemos en este punto que en lo que llevamos de nuestro análisis de la recepción del Derecho romano en nuestro Derecho no hemos visto hasta ahora ningún atisbo de mención o configuración de la existencia de un procedimiento judicial previo al nombramiento de una figura asistencial mediante el que proceda

---

<sup>257</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema, cit.*, p. 32.

<sup>258</sup> LETE DEL RÍO, J.M., *La responsabilidad de los, cit.*, pp. 37-38.

a declarar a una persona incapaz o como veremos más adelante, tal y como lo denomina nuestra actual y reciente regulación como persona con “capacidad judicialmente modificada”.

El Derecho Histórico castellano, esto es, básicamente el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla y el Fuero Real<sup>259</sup>, tal como hemos visto hasta ahora, si bien se preocupan de regular la institución de la tutela, se olvidan o no se ocupan en absoluto de la regulación de la figura de la curatela.

De hecho, en este orden de cosas Martínez de Morentín Llamas<sup>260</sup> se pronuncia en el mismo sentido y al recoger las palabras de Mouton y Ocampo, apunta que la curatela en el Derecho civil español no tuvo ninguna importancia, ya que fue desconocida en todos los cuerpos legales anteriores a Las Partidas, y que si en éstas aparece desenvuelta, se explica porque ello fue debido exclusivamente al plan seguido por el Rey Alfonso X el Sabio que llevaba consigo la intención de transcribir en dicha Recopilación casi íntegramente la legislación contenida en el Derecho romano.

---

<sup>259</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I., *La curatela como institución de protección en el marco de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad. Análisis crítico de Jurisprudencia*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 732. p. 2248, en la página web: [http://www.unav.edu/.../uploads/30446\\_Berrocal\\_RCDI2012\\_Curatela.pdf](http://www.unav.edu/.../uploads/30446_Berrocal_RCDI2012_Curatela.pdf). (visionado en julio 2015).

<sup>260</sup> MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. L., *De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el derecho actual*, cit., pp. 36-37.

Tampoco el Fuero Juzgo, ni el Fuero Real ni los Fueros municipales contienen leyes referentes a la prodigalidad<sup>261</sup>. Sí hablan estos textos de la mala conducta y de la falta de moralidad, pero no definen la prodigalidad, ni someten a las reglas precisas y concretas el ejercicio de la capacidad civil del pródigo.

Así pues, pasemos a continuación a ocuparnos del análisis de esta obra tan transcendental para nuestro Derecho: Las Partidas de Alfonso X el Sabio.

## **II. 2. 4.- Las Partidas**

Una de las grandes obras del Derecho medieval la encontramos en Las Partidas<sup>262</sup>, que es considerada como uno de los legados más importantes de Castilla a la Historia del Derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Hispanoamérica, donde llega hasta el siglo XIX.

La Partidas se redacta con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino y cuyo nombre original era “*Libro de las Leyes*” aparece dividida en un total de siete Partidas (rememorando el número de las letras que componen el nombre del Rey: A-L-F-O-N-S-O), de las cuales cada una de ellas se divide en Títulos, siendo en total 182 conteniendo un total de 2.683 leyes. En esta obra, tal como ya hemos adelantado anteriormente, se vuelve a recuperar la regulación que

---

<sup>261</sup> Así lo pone de manifiesto ARAMBURO , M., *La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen según la filosofía del Derecho, la historia de la legislación y el derecho vigente en España* (Madrid 1991) p. 185.

<sup>262</sup> La edición utilizada es un facsímil: *Las siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono. Nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad*, edición de 1555 publicada por la Librería del Boletín Oficial del Estado (Madrid 1985).

el Derecho romano efectuaba de las figuras tutelares, aunque ofreciendo novedades importantes al respecto, como veremos más adelante.

Tal y como remarca Cabrera Mercado<sup>263</sup>, en Las Partidas aunque existe una cierta regulación de la tutela y de la curatela y de quienes pueden ser incapacitados por enfermedad mental, sigue sin concretarse la norma, el procedimiento por el que se substanciaría la incapacitación. Ahora bien, no obstante, se puede colegir del nombramiento de curadores ejemplares que regula dicho cuerpo legal, que existía una cierta intervención del Juez muy genérica, nada reglada, nada garantista, para constatar el alcance de la enfermedad del loco o desmemoriado. Además, no sólo tendrían facultades los Jueces de la legislación vigente en algunos períodos históricos, ya que también los Alcaldes intervendrían en esas decisiones por las facultades que tenían conferidas para conocer de ciertos expedientes de jurisdicción voluntaria que pasarían a conocimiento y resolución judicial en el caso de que surgiera oposición.

Pasemos pues seguidamente a ocuparnos del análisis de algunos apartados de Las Partidas que consideramos nos van a resultar enriquecedores y de utilidad en la elaboración del presente trabajo.

Así, en primer lugar, una Partida que nos resulta primordial por cuanto se ocupa de la institución tutelar es la Partida VI, Título XVI, Ley I, con el título “*Que cosa es Guarda, a que dizen en latin Tutela, e quien deue ser dada*”, y recoge el concepto de guarda en los siguientes términos “*Tutela tanto quiere decir en latin, como guarda en romance, que es dada, e otorgada al huérfano libre menor de catorze años, e a la huérfana menor de doze años, que non se puede nin sabe*

---

<sup>263</sup> CABRERA MERCADO, R., “El proceso de incapacitación, *cit.*, p. 210.

*amparar*”. Igual que ocurría en el Derecho romano, en esta Partida se establece que se nombrará tutor para los huérfanos menores de catorce años y las huérfanas menores de doce no sometidas a patria potestad. Y aunque en dicha definición no parezca hacer referencia a los menores huérfanos mayores de catorce años, no quiere ello decir que las Partidas los dejen desprovistos de protección, como veremos más adelante.

Las Partidas ofrecen una innovación en lo que se refiere a la tutela testamentaria cuando admite que el padre pueda por testamento dar guardador al hijo que hubiere tenido de concubina, diferencia en este punto abismal con respecto al Derecho romano en el que únicamente se admitía el nombramiento de tutor para hijos legítimos<sup>264</sup>.

Respecto a los requisitos que debe reunir el guardador vienen fijados en la Partida VI, Título XVI, Ley IV, que establece que: *“Quien puede ser dado por guardador de huérfanos, e de sus bienes; e por cuyo mandado. El que fuere dado por guardador de huerfanos, non deue ser mudo, nin sordo, nin desmemoriado, nin desgastador de lo que ouiere, nin de malas maneras. E deue ser mayor de veynte e cinco años; e varon, e non muger*<sup>265</sup>. *Fueras ende, si fuesse madre, o auuela, que fuesse dada por guardador dellos. Ca estonce, tal muger como sobredicha es, si prometiere en mano del Rey, o del Juez del lugar do son los huérfanos, que*

---

<sup>264</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 39.

<sup>265</sup> Destaca Valdés en este punto que se establece aquí una limitación que parecía haber sido ya superada. Se trata de la imposibilidad de la mujer para ser tutora. Según señala este autor, esta opinión, evidentemente más cercana a establecer una tutela de las mujeres que otorgarle la tutela de un menor, ofrece un aspecto regresivo de Las Partidas. *Vid. VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., Evolución histórica, cit.*, p. 40.

*demientras que los moços touiere en guarda, que non casara; e otrosi, si renuuciare la defensión que el derecho otorga a las mugeres, que nou se puedau obligar por otri; estonce bien le puede otorgar la guarda de sus fijos, o de sus nietos, según que es sobredicho. E la razon, por que defendemos que non se case de mientras que los moços touiere en guarda, es esta: porque podría acaecer, que por el gran amor que auria a su marido que tomasse de nucuo non guardaria tambien las personas, nin los bienes de los moços, o faria alguna cosa, que se tornaria en gran daño dellos. E otrosi, si non renunciasse la defension sobredicha, dubdarian los omes de mercar, o de fazer pleito con ella, maguer ouiesse menester de lo fazer, por guarda, o por acrescentamiento, o por pro de los bienes de los moços. E deue el guardador ser establecido por mandato del padre, o del auuelo; o por otorgamiento de las leyes, assi como por parentesco; o por mandamiento de los Judgadores, assi como de suso diximos”.*

En la Ley anteriormente transcrita podemos observar una serie de cuestiones, pues al establecer los requisitos que debe reunir la persona que puede ejercer el cargo de guardador de los huérfanos, nos encontramos que, del mismo modo que ocurría en el Derecho romano (tal como hemos visto en el capítulo I de este trabajo), se impide el desempeño de dicha función a quienes tengan la condición de mudos, sordos, *desmemoriados (furiosus)*, *desgastadores* de sus bienes (*prodigus*), así como los que tuvieren malas costumbres. No podemos así, por tanto ignorar aquí

que, como en muchos otros<sup>266</sup> de Las Partidas, existe en este fragmento una clara influencia del Derecho romano.

Sin embargo, la Partida VI, Título XVI, Ley IV si bien parece que es en ese primer fragmento dónde enumera aquéllas personas que no pueden ejercer el cargo de guardador del huérfano, si proseguimos con la lectura del texto, vemos que va más allá puesto que, en el fragmento que continúa “*E deue...muger*”, al establecer quiénes sí pueden ejercer como guardadores de los huérfanos podemos apreciar que también efectúa aquí una exclusión para el ejercicio del cargo, y no es otra que la de restringir el ejercicio del cargo a los varones, pues expresamente excluye a las mujeres de dicho ejercicio al decir “*e non muger*”. Es aquí, tal como ya hemos mencionado donde Valdés Valentín-Gamazo advierte el carácter regresivo de Las Partidas en este punto concreto. Por lo tanto, el ejercicio del cargo de guardador del huérfano podrá ser desempeñado en principio, únicamente, por los varones mayores de veinticinco años.

Sin embargo, tampoco podemos considerar que las mujeres quedan totalmente excluidas de la posibilidad de ejercer el cargo de guardador de un huérfano, pues tal como observamos si continuamos leyendo, tal y como continúa el texto “*Fueras ende... por guardador dellos*”, sí contempla la posibilidad de que puedan ejercer dicho cargo las mujeres cuando sean madres y/o las abuelas. Ahora bien, tal como continúa el texto, “*Ca estonce, ..., por pro de los bienes de los moços*”, se establecen una serie de condicionantes para que la madre o la abuela pueda

---

<sup>266</sup> En esta materia consideramos interesante recordar una serie de textos de Derecho romano, como D. 26. 1. 1. 2 y 3; D. 27. 1. 40pr; C. 56. 8. 1; Inst. 1. 23. 4; D. 26. 5. 8. 3; D. 26. 16pr y D. 26. 1. 6. 3, tratados en el primer capítulo.

ejercer el cargo, ya que a ambas se les impone como condición que no vuelvan a contraer nuevas nupcias, así como la renuncia a la defensión que el derecho otorgaba a las mujeres en virtud de la cual no podían obligarse por otros. Continúa el texto en su relato expresando las razones que justifican estas exigencias para que las madres o las abuelas puedan llegar a ejercer el cargo de guardadoras. Y a este respecto adopta como argumento de justificación a la imposición de no contraer nuevo matrimonio el amor que pudiera la madre o la abuela profesar hacia su nuevo marido, al que ve o concibe como un peligro para con los hijos huérfanos, ya que considera que dicha situación podría hacer la madre o la abuela descuidara la atención respecto a la persona y de los bienes de los hijos o nietos, según los casos, presumiendo que incurriría en conductas que podrían ocasionar un grave perjuicio a los mismos. Por otra parte, la justificación que proporciona respecto a la exigencia de la renuncia de la defensión anteriormente mencionada no es otra que la creencia que en el caso que no se produjera esta esta renuncia generaría desconfianza y recelo en los hombres que contrataran con ella o pleitearan con ella en el ejercicio del cargo de guardador de los huérfanos.

El texto final de esta Partida VI, Título XVI, Ley IV “*E deue el guardador... assi como de suso diximos*” configura que el nombramiento de guardador venga establecido por mandato del padre o del abuelo (tutela testamentaria), así como por otorgamiento de las leyes o bien en función del parentesco (tutela legítima) y por último contempla la posibilidad de la tutela dativa, que deberá efectuarse por mandamiento de los Juzgadores. Así, en este fragmento configura las tres modalidades de tutela: testamentaria, legítima y dativa.



La distinción que realizaba el Derecho romano entre las figuras de la tutela y la curatela, si bien en un primer momento fue abandonada por algunas regulaciones posteriores básicamente por las influencias del Derecho germánico, posteriormente fue recuperada por su regulación en Las Partidas<sup>267</sup>, en la medida en que tal como señala Guilarte Martín-Calero, la tutela y la curatela se regulaban como dos vehículos diversos<sup>268</sup> en atención a los distintos supuestos que cubren, ya que la tutela se da por razón de menor edad a los huérfanos impúberes (huérfano libre menor de catorce años y la huérfana menor de doce años) y la curatela por razón de edad (huérfanos púberes) y de incapacidad (mayores de catorce años y menores de veinticinco años, así como los mayores locos o desmemoriados (Partida VI, Título XVI, Ley XIII)<sup>269</sup>. Sánchez Román<sup>270</sup> llega a afirmar que la tutela reemplaza a los padres y la curatela a los mismos incapacitados.

Y en esta misma línea se pronuncia Martínez de Morentín Llamas<sup>271</sup>, quien recogiendo la doctrina de Mouton y Ocampo<sup>272</sup>, expresamente señala que la diferencia entre la curatela y la tutela, en Las Partidas estaba reducida al hecho de que la primera proveía a la defensa y guarda de los varones de catorce años, de las

---

<sup>267</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 25.

<sup>268</sup> PESET REIG, M., “Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código Civil español”, en *RCDI*, (I), (Madrid 1971) pp. 297-338, p. 297.

<sup>269</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema, cit.*, p. 33.

<sup>270</sup> SANCHEZ-ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil, II, Parte General*, (Madrid 1911) p. 1276.

<sup>271</sup> MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.L., *De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el derecho actual, cit.*, p. 38.

<sup>272</sup> *Voz Curatela en Nueva Enciclopedia Jurídica, F.*, (Barcelona 1954) p. 169.

hembras mayores de doce y de los dementes, mentecatos, pródigos, mudos, sordos y desmemoriados, habiéndola extendido después los jurisconsultos a todas las personas que por perpetua enfermedad no podían atender a la administración y guarda de sus bienes.

Igualmente, Guilarte Martín-Calero<sup>273</sup>, al mencionar las principales diferencias que separan la tutela de la curatela acude a la doctrina defendida Navarro Amandi<sup>274</sup> de conformidad con la cual mientras la curatela se da únicamente a los que han pasado de la edad de catorce años y no han cumplido los veinticinco; la tutela, que se da únicamente para los que no han llegado a la pubertad, tiene por principal objeto la custodia de la persona menor, y de forma secundaria la protección de su patrimonio, mientras que, sin embargo, y por el contrario, en la curatela se atiende con carácter preeminente al cuidado de los bienes, mientras que al cuidado de la persona se le otorga un carácter secundario.

En este sentido consideramos oportuno mencionar la opinión de Martínez de Morentín Llamas<sup>275</sup>, para quien la distinción entre tutela y curatela parece difuminarse, ya que al plasmar los principios básicos de la institución tutelar en Las Partidas al hablar de las distinción ente ambas figuras asistenciales o de guarda, esto es tutela y curatela, señala que ambas instituciones se daban para la persona, y los bienes del pupilo menor o incapacitado, pues para ambos fines, guarda personal y patrimonial, se constituían. No parece, por tanto pues, que

---

<sup>273</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema*, cit., p. 33.

<sup>274</sup> NAVARRO AMANDI, M., *Reglamento General para la ejecución de la Leyes Civiles españolas*, I, (Madrid 1881) p. 172.

<sup>275</sup> MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.L., *De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el derecho actual*, cit., p. 38.

efectúe una distinción tajante en cuanto a que una institución venga referida al cuidado de la persona y la otra al cuidado del patrimonio.

Respecto al orden de llamamiento de los tutores, Las Partidas reproducen el sistema establecido en el Derecho romano. Regulan la tutela testamentaria, en la que se concede el derecho de nombrar en testamento al padre, en la medida en que sería el más interesado y conocedor de las necesidades de sus hijos, fundamentando este derecho en el poder del mismo sobre sus hijos, respecto a las personas que debían reemplazarle en el cuidado de la persona y bienes de sus hijos; se concede esta facultad al abuelo, cuando el nieto estuviese en su poder y fuese menor de edad (Partida VI, Título XVI, Ley III). Además señala Guilarte Martín-Calero<sup>276</sup> que, sin ser consecuentes con ese principio, sin embargo, también extienden Las Partidas la posibilidad de dicho nombramiento a personas que no teniendo tal investidura daban a los huérfanos pruebas de amor y predilección<sup>277</sup>, en la medida en que se permite designar tutor al huérfano extraño a quien se instituía heredero (Partida VI, Título XVI, Ley VIII)<sup>278</sup>. También se

---

<sup>276</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema*, cit., pp. 33-34.

<sup>277</sup> Así lo expresan GÓMEZ DE LA SERNA, P. Y MONTALBÁN, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España I*, (Madrid 1874) p. 535.

<sup>278</sup> Partida VI, Título XVI, Ley VIII.- *Como el guardador, que el padre da a sus fijos naturales, non debe usar de tal guarda sin mandato de Juez... Otrosi dezimos, que si algun ome estableciere en su testamento por su heredero a algun huérfano estraño, que le puede dar guardador en aquel mesmo testamento, e este guardador atal debe ser confirmado del Juez, según diximos del otro. E avn dezimos, que los guardadores que son escritos en los testamentos, pueden ser establecidos simplemente, e a tiempo cierto, o so condición, según que fuere su voluntad del fazedor del testamento.* En este apartado en el que se contempla la posibilidad de nombrar *guardador* (tutor) a un huérfano por un extraño siempre que se le instituya heredero se exige que la confirmación del

permitió que la madre, pudiera nombrar guardador a sus hijos siempre que los instituya herederos. Ahora bien, tanto en un supuesto como en otro, se requiere que el nombramiento sea confirmado por el juez<sup>279</sup> (Partida VI, Título XVI, Ley VI)<sup>280</sup> para que dicho nombramiento pueda surtir verdaderos efectos.

---

nombramiento por parte del juez. Y en el último inciso de este texto podemos también observar que se admite la institución de tutor en testamento incluso bajo condición o incluso únicamente para un plazo determinado. En todo ello no podemos dejar de sino claras reminiscencias propias del Derecho romano. Así, recordemos D. 26. 2. 11; D. 26. 2. 8, donde se permite que el nombramiento de tutor testamentario se efectúe sometido a condición, de forma que, en el caso de cumplirse los presupuestos de la condición quedaría frustrado el nombramiento de tutor. Ahora bien debemos plantearnos qué sucede si nos encontramos con el supuesto en el que no existe una única condición establecida, sino que fueran varias las condiciones que aparecieran como supuestos condicionantes para el nombramiento de tutor. En estos supuestos deberá prevalecer la última de las condiciones frente a las que se hubieren efectuado con anterioridad, de tal forma que las anteriores no se tendrán en cuenta. Debemos plantearnos aquí que no supone sino un supuesto similar al previsto para las disposiciones testamentarias, al menos en la actualidad, donde la única que se tendría en cuenta es la última que dejaría sin efecto a las que se hubieren efectuado con carácter previo.

<sup>279</sup> Lo que supone nuevamente una clara influencia del Derecho romano, puesto que dicha exigencia ya aparecía plasmada en D. 26. 3. 1. 3; D. 26. 3. 2. 1; D. 26. 3. 5; D. 26. 3. 8 y D. 26. 3. 9.

<sup>280</sup> Partida VI, Título XVI, Ley VI.- *Como la madre puede establecer guardadores en su testamento a los hijos, que dexa por herederos. La madre que faze testamento, en que estableciese por sus herederos a sus fijos, que non ouiesen padre, bien les puede establecer guardador en el. Pero tal guardador como este non puede vsar en ninguna manera de los bienes del moço, a menos de ser confirmado del Juez del lugar, do son los bienes: e el Juez deuelo confirmar, e otorgarle guarda dellos, si non fuere atal, a quien defiendan las leyes de nuestro libro que lo non sea. Mas si la madre non estableciese por su heredero al fijo, non le podria dejar guardador, manguer le dexase de otra guisa alguna partida de sus bienes. Pero si acaesciese que lo fiziese, si gelo quisiese confirmar el Juez, valdría, mas non de otra guisa.* En este texto queda clara la posibilidad de

Por otra parte, en opinión de la doctrina<sup>281</sup> merece destacarse que, aunque las Leyes hablen únicamente de tutores nombrados en testamento, parece que también debe admitirse que el nombramiento pueda ser efectuado en codicilos, al entenderse que tanto en un documento como en otro se exigen las mismas formalidades<sup>282</sup>.

Las Partidas también contemplan la constitución de la tutela legítima, es decir, aquella tutela otorgada por ministerio de la ley, en defecto de designación testamentaria, y que corresponde ejercerla a los parientes más próximos del

---

nombramiento de tutor por parte de la madre para su hijo huérfano de padre, como también queda claro que para que nombramiento pueda surtir llevarse a cabo debidamente es necesario que sea confirmado por un Juez, y lo que es más, este texto llega a determinar la competencia territorial del Juez al que le corresponderá dicha confirmación, ya que establece que se atribuirá al Juez de cuyo lugar radiquen los bienes, por lo tanto determina la competencia para conocer de la confirmación del guardador del huérfano en función del lugar dónde radiquen los bienes del menor. En este punto que ha despertado nuestro interés, considero interesante realizar alguna precisión, por cuanto esta delimitación de competencia según dónde se ubiquen los bienes nos lleva a plantearnos el otorgamiento de preeminencia a los bienes por encima de la persona del propio menor sometido a guarda, y aquí no podemos de dejar de mencionar las diferencias con nuestro ordenamiento jurídico actual (como ya examinaremos con más profundidad en el siguiente capítulo de nuestro estudio) en el que el criterio que se tiene en cuenta para la determinación del Juez competente para conocer de las figuras de guarda del sometido a ellas es radicalmente distinto al fijado en el texto anteriormente transcrito, pues no corresponde al lugar donde radiquen los bienes sino aquél en el que se encuentre en sometido a guarda, y, de hecho, si el domicilio del necesitado de guarda cambia, del mismo modo lo hace el juez competente al respecto.

<sup>281</sup> GUTIÉRREZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, I*, (Madrid 1862) p. 628 y GÓMEZ DE LA SERNA, P. Y MONTALBÁN, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal, cit.*, p. 538.

<sup>282</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema, cit.*, p. 34.

pupilo, si bien tendrán preferencia la madre y la abuela (Partida VI, Título XVI, Ley IX<sup>283</sup>), siempre que éstas no contraigan nuevo matrimonio y en defecto de éstas, el resto de parientes más cercanos. Ahora bien para los casos en los que existan varios parientes cercanos del mismo grado Las Partidas y más concretamente la Partida VI, Título XVI, Ley XI<sup>284</sup> establece una serie de normas de aplicación para un correcto ejercicio de la tutela cuando se plantean estos supuestos, de tal forma que se establece que cuando existan varios parientes

---

<sup>283</sup> Partida VI, Título XVI, Ley IX.- *Como quando el padre, o el auuelo, non dexa guardador a sus fijos, nin a sus nietos en su testamento, lo deue auer el pariente mas propincuo, que quiere. Sin testamento muriendo algun ome, que ouiese fijos, e non les ouiesse dado guardadores; ... Mas si los huérfanos sobredichos ouiesse madre, o auuela, que quisiesse guardar los huérfanos, e sus bienes; estonce dezimos, que la madre lo puede fazer, ante que ninguno de los otros parientes, solo que sea buena mujer, e de recabdo. Pero deue dar, e fazer a los moços primeramente tal segurança, como de suso diximos en la sesta ley ante desta. E si la madre non quisiere entremeterse desto, puede estonce el auuela auer la guarda dellos.* Por lo tanto vemos aquí que aunque se contempla la posibilidad que las madres desempeñen el cargo tutelar se les impone la obligación de comprometerse a no contraer matrimonio mientras desempeñaran la tutela.

<sup>284</sup> Partida VI, Título XVI, Ley XI.- *Quando los guardadores son muchos, e non se pueden allegar para procurar los bienes del huérfano, como lo puede fazer el uno dellos. Si los guardadores de los huerfanos fueren muchos, e se leuantare desacuerdo entre ellos, de manera que non se puedan todos ayuntar a fazer aquellas cosas, que son tenudos de fazer en guarda dellos, e de sus bienes; dezimos, que estonce el vno dellos puede decir al Juez, que el quiere dar recabdo, e obligarse a cumplir lo que auiau todos de cumplir, si los otros lo touieren por bien; e si non, que lo faga alguno dellos. E si se acordaren en esto, deue el Juez tomar tal recabdo del, como diximos en la ley ante desta. E si se desacordaren, de manera de cada vno quiera obligarse a esto, e quiera auer en guarda los bienes de los moços, estouce el Juez deue escoger aquel que entendiere que lo fara mejor, e que será mas prouechoso a los moços, e tomar tal recabdo del, como sobredicho es; e darle poder, que el solo los pueda auer en su guarda, e aliñar, e aprouechar los bienes dellos.*

cercanos del mismo grado todos serán tutores y deberán actuar de común acuerdo. Ahora bien para las ocasiones en las que ello no sea posible, es decir, no se llegue a ningún acuerdo entre ellos, se contempla la posibilidad de que cualquiera de ellos pueda acudir al juez para que obligue a los demás a prestar fianza o bien acepte la que él ofrezca y consientan en que sea éste quien ejerza las labores de administración. Y para aquellos casos en los que ni aún con ello se llegue a ningún acuerdo se establece en Las Partidas que será el juez quien decidirá a qué pariente le corresponde el ejercicio de la guarda, teniendo en cuenta aquél que resulte más beneficioso para la administración de los bienes del sometido a guarda. También en este texto resulta evidente una preocupación mayor por la protección de los bienes del sometido a guarda, que por la persona misma.

Por otra parte, a los parientes llamados a la herencia del huérfano se les impone la obligación de pedirle al juez que nombre tutor al huérfano, bajo pena, en caso de no hacerlo, de perder los derechos que ostentaran sobre su herencia (Partida VI, Título XVI, Ley XII)<sup>285</sup>. Ahora bien aquí, a diferencia de lo que remarcábamos del texto anterior, en el que parecía que la protección recaía primordialmente en los bienes del huérfano, en este texto parece que se vislumbra cierta preocupación

---

<sup>285</sup> Partida VI, Título XVI, Ley XII.- *Quales Judgadores deuen dar guardador al huérfano desamparado. Desamparado fincando el moço, que fuesse menor de catorze años, de guisa que su padre non le ouiese dexado guardador en su testamento, nin ouiesse pariente cercano que lo quisiesse guardar, estonce la madre, e los otros parientes que heredaren a este moço, si moriesse sin testamento, deuen, e pueden pedir al Juez del lugar que le de guardador atal, que sea bueno, e rico, e que entienda que lo rescibe mas por pro del moço, que de si mismo. E si estos atales non piden guardador a tal moço, como sobredicho es, pierden porende aquel derecho que auian, de heredar en los bienes del huérfano, si murieses sin testamento.*

por la persona del huérfano en la medida en que cuando establece la posibilidad de pedirle el nombramiento al juez de un guardador para el huérfano, aquel que resulte nombrado deberá entenderlo que lo es en interés del huérfano más que de sí mismo.

La tutela dativa, que también aparece contemplada en Las Partidas, la encontramos específica y expresamente regulada en el texto de la Partida VI, Título XVI, Ley XII, que aparece a continuación<sup>286</sup> del fragmento transcrito con anterioridad, instituyéndose en defecto de las dos anteriores, de tal manera que cuando no haya pariente a quien designar o bien de los existentes no hubiere ninguno que reuniera los requisitos adecuados para el nombramiento del cargo

---

<sup>286</sup> Partida VI, Título XVI, Ley XII (cont.)- ... *Demas dezimos, que si los parientes fuessen negligentes en demandar guardador al huérfano sobredicho, o si non ouiesse parientes que lo fiziessen, estonce los amigos del moço, o otros qualesqueir del Pueblo deuen pedir al Juez, que de al huérfano guardador, que sea atal, que aliñe en pro del moço; e el Juez lo deue fazer por si, e non por otro, auiendo el moço en su valia mas de quinielos marauedis; mas si ouiesse menos, bien puede mandar a otro Juez, que sea menor de si, que lo faga en lugar del. E tal guardador como este, de que fablamos en esta ley, es llamado Datiuo, que quier tanto decir, como guardador dado por otorgamiento del Juez. E non tan solamente puede fazer esto el Juez sobredicho, mas aun lo puede fazer el Juez de aquel lugar, do nascio el moço, o el padre del. E esso mismo puede ser demandado al Juez del lugar, do ouiere el huerfano la mayor partida de sus bienes; e el Juez deuelo fazer, quier sea el moço delante, o non, e aunque lo contradixiesse. Mas si el Juez que da el guardador, non ouiesse por si alguna destas razones sobredichas, non podría estonce el que fuesse puesto por mandato de tal Juez, auer la guarda del moço. E la guarda de cada vno destes guardadores deue durar fasta que el moço sea de edad de catorze años, e fasta que la moça sea de edad de doze, quier sea establescido el guardador en testamento o de otra guisa; e de allí adelante, deuen los Judgadores dar, e otorgar al moço otro guardador, a que llaman en latin Curator, tomando tal recabdo del, como del Tutor. E este atal deuele auer en guarda, fasta que el huérfano sea de edad de veynte e cinco años.*



será el juez el encargado de nombrar a quien considere más adecuado para el cargo<sup>287</sup>. En este texto, además se realiza una expresa mención al juez competente para proceder a dicho nombramiento y en este punto debemos precisar que no queda atribuido o circunscrito exclusivamente al juez donde radiquen los bienes del huérfano (aunque sigue contemplando esta posibilidad, como el lugar donde el huérfano tenga la mayor partida de sus bienes), a diferencia de lo que establecía la Partida VI, Título XVI, Ley XI (únicamente mencionaba como juez competente el del lugar de los bienes del huérfano), sino que contempla la otras posibilidades, ya que admite que el juez competente sea otro, pudiendo serlo el que corresponda al lugar de nacimiento del huérfano o incluso el del lugar del nacimiento de su padre. En el inciso final de este texto también se mencionan específicamente los términos *tutor* y *curator* a los que hacer referencia para delimitar el alcance de una u otra figura de guarda con respecto al huérfano, ya que fija la edad de catorce años para los varones y la de doce años para las mujeres como el límite de edad para que el tutor pueda ejercitar su cargo, ya que parece que a partir de que unos u otras cumplan una u otra edad, establece que deberá el juez nombrar otro

---

<sup>287</sup> En sentido similar lo encontraremos posteriormente en el art. 1.838 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en el que se establece que “*A falta de pariente a quien designar, o no reuniendo el que hubiere las cualidades que exigen las leyes, lo cual se hará constar en el expediente, el Juez nombrará para el desempeño del cargo a la persona que merezca su confianza*”; y previamente a éste en el art. 1.228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, según el cual “*No habiendo pariente a quien designar, se hará constar esto debidamente, y el Juez elegirá la persona que haya de desempeñar el cargo, discerniéndose previo lo que queda establecida en el art. anterior*”, según el cual “*Previa la aceptación del designado y la prestación de las fianzas en la forma que queda prevenida, se discernirá el cargo*” (art. 1.227 L.E.C. de 1855). Si bien ahora no profundizamos más en el análisis de estos preceptos porque de ello ya nos ocuparemos en otros apartados del presente capítulo de nuestro estudio.

guardador, que no es otro que el curador, quien deberá ocuparse de la guarda del huérfano hasta que éste cumpla la edad de veinticinco años.

Se introduce así en Las Partidas la mención a la figura del *curator* y para el que se configura como ámbito de actuación no exclusivamente la de los huérfanos sino también la de aquellos que siendo mayores de edad fueran *locos*, o *desmemoriados* (Partida VI, Título XVI, Ley XIII). Dicho texto establece que: “*A quien deven ser dados guardadores: a que llaman en latin, Curatores. Curatores son llamados en latin, aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorze años, e menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuesen mayores, seyendo locos o desmemoriados. Pero los que son en su acuerdo, non pueden ser apremiados que reciban tales guardadores si non quisieren. Fuera ende, si fiziessen demanda a alguno en juyzio, u otro la fiziessen a ellos. Ca estonce los judgadores, como estos. Otrosi dezimos, que el curador non debe ser dexado en el testamento, pero si fuere y puesto, e el judgador entendiere que es a pro del moço, deve lo confirmar. E aún dezimos, que el huérfano que ha guardador, no le deven dar otro. Fuera ende, si aquel que lo tiene en guarda fuesse ome de mal recabdo, o tal que oviesse de veer tanto en lo suyo, que non pudiesse aliñar los bienes del huérfano, o si enfermásse, o oviesse de yr en romeria, o en otro grand camino. Ca estonçe, pueden le dar otro guardador que lo guarde en lugar de aquel, a quien dizen en latin curator, fasta que el otro sea sano, o torne del camino do oviesse ydo”.*

Tal como remarca Valdés Valentín-Gamazo<sup>288</sup> en esta Ley se establece una curatela que seguía la línea marcada por la curatela romana, deja a un lado la tradición española de institución única.

En este texto de Las Partidas, de clara influencia romana, se establece que se nombra curador para los mayores de catorce años y menores de veinticinco, así como para los denominados locos o desmemoriados. También debe ponerse de relieve que, a diferencia de lo que ocurría con el tutor que no cabía nombrarlo únicamente para un asunto o pleito concreto, dicha Partida sí contempla que se podrá nombrar curador para intervenir en juicio, tanto si se trata para interponer una demanda como si debe intervenir como demandado en algún procedimiento. Para los locos o desmemoriados se nombrará el denominado curador ejemplar (Partida VI, Título XVI, Ley XII), si bien Las Partidas en este punto ofrecían gran oscuridad, por cuanto los criterios que se tenían en cuenta al respecto eran demasiado laxos. En opinión de Gutiérrez<sup>289</sup> respecto a los locos o desmemoriados, la impropiedad de la clasificación de Las Partidas era de una elasticidad abusiva en la medida en que conllevaba el peligro de que se abuse de la situación de un hombre atribuyéndole un mal que no tiene.

En Las Partidas se contempla que el nombramiento de curador para los bienes podrá ser testamentaria o dativa, mientras que lo que no se permite es la curatela legítima. Y aunque el criterio preferente por el que opta es el nombramiento dativo de la curatela, estableciendo que el curador no debe ser nombrado en testamento, no es menos cierto que, al mismo tiempo establece que si ha sido

---

<sup>288</sup> VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, p. 40.

<sup>289</sup> GUTIÉRREZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales, cit.*, p. 685.

nombrado de esta forma y el juez considera que dicho nombramiento redundaría en interés del sometido a guarda, deberá ser confirmado por éste.

Según Chimeno Cano<sup>290</sup>, el sistema establecido en Las Partidas presentaba deficiencias en la medida en que el control del cargo tutelar era nulo y las diferencias entre ambas instituciones eran simplemente formales, ya que la dualidad tutela-curatela no se traducían en un distinto estatuto jurídico de la persona según sus variables circunstancias, sino que las mismas limitaciones afectaban al sujeto sometido a tutela que al sometido a curatela ejemplar.

Respecto a la cuestión de las enfermedades que incapacitan para el ejercicio de la tutela y la curatela, y que darían lugar a que se les nombrara un curador la visión que nos ofrece Aramburo<sup>291</sup> pone de manifiesto que son muy pocas las disposiciones que relativas a esta causa (enfermedad) hallamos en los Códigos españoles antes de Las Partidas, donde sí se tratarían con bastante extensión, reproduciendo la teoría romana con algunas variantes. En atención a ciertas enfermedades las leyes privan al hombre de los derechos relacionados con fines personalísimos<sup>292</sup> al tiempo que aprecian también para la invalidación de ciertos

---

<sup>290</sup> CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e, cit.*, p. 128.

<sup>291</sup> ARAMBURO, M., *La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen según la filosofía del Derecho, cit.*, pp. 149 y ss.

<sup>292</sup> Por ejemplo, la prohibición de contraer matrimonio y celebrar esponsales al que carece de razón. Partida IV, Título II, Ley IV,- *Casar pueden todos aquellos que han entendimiento sano para consentir el casamiento... Otrosí, el que fuese loco o loca de manera que nunca perdiere la locura, non puede consentir par facer casamiento, magüer digese aquellas palabras porque se face el matrimonio...*

actos determinadas enfermedades o defectos orgánicos<sup>293</sup>. Así, se priva a los locos, mudos y sordos, entre otros, del ejercicio de algunos derechos que no hacen relación a fines puramente personales<sup>294</sup>, al tiempo que se les priva del derecho de

---

<sup>293</sup> Como por ejemplo como una de las causas que pueden motivar disolución de los esponsales, y que la Partida IV, Título I, Ley VIII, contempla como *mutación de forma*. De conformidad con esta Ley, no serán válidos los esponsales cuando alguno de los desposados *se ficiere gafo ó contrahecho ó cegare, ó perdiere las narices ol aviniese otra cosa más desaguizada que alguna de estas sobredichas*. Así lo pone de manifiesto ARAMBURO , M., *La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen según la filosofía del Derecho, cit.*, p. 150. A este respecto consideramos oportuno, al menos mencionar y hacer referencia a la circunstancia de que uno de los contrayentes devenga en la ceguera (entre las otras que dicha Ley menciona) como una de las causas para que considerar el matrimonio inválido por cuanto esta causa en Derecho romano en determinadas circunstancias también implicaba la necesidad del nombramiento de una figura de carácter asistencial por considerarlos de alguna forma incapaces, si bien como ya pusimos de manifiesto en el primer capítulo de nuestro trabajo, en ningún caso implicaba que hubiera de iniciarse procedimiento alguno que declarara la incapacidad de una persona, lo que evidentemente no constituía impedimento alguno para que se le pudiera nombrar una figura de guarda. Ahora bien, de la Ley transcrita tampoco nos deja indiferentes con respecto a otros de los supuestos que la misma contempla como causas para motivar la disolución matrimonial, resulta llamativo los supuesto en los que alguno de los contrayentes perdiese las narices, o quedare contrahecho, por cuanto parece que circunscribe y limita esas causas a una cuestión puramente física, sin tener en cuenta en absoluto la existencia o no de capacidad para prestar consentimiento y con independencia de si dicho contrayente continuaba teniendo otras cualidades o capacidades propias para el ejercicio del matrimonio (pensemos por ej. en la impotencia que sí se contempla en determinados supuestos como una causa de incapacidad).

<sup>294</sup> Pensemos en el contenido de los siguientes textos de Las Partidas: Partida III, Título XXX, Ley III, , (*Tenencia et posesión de las cosas puede ganar todo home por sí mesmo que hay sano entendimiento*); Partida III, Título XVI, Ley VIII, (...*Otrosi decimos que non puede testiguar home que haya perdido el seso en quanto durase la locura*); Partida

hacer testamento a aquellos que no gozan del pleno uso de sus facultades mentales, así como a los sordos<sup>295</sup>. Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con nuestra actual legislación, se admite la posibilidad de intervalos lúcidos<sup>296</sup>, de tal forma que resulta plenamente posible que se otorgue válidos a los actos realizados por quien es considerado incapaz por motivos mentales, si bien en esos

---

VI, Título I, Ley IX, (*Testigüar non puede en los testamentos... nin los mudos, nin los sordos, nin los locos mientras que estuvieren en la locura*).

<sup>295</sup> Vid. Partida VI, Título I, Ley XIII, según la cual: *Quien puede fazer testamento, e quien non. Todos aquellos a quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, pueden fazer testamento; e los otros que non le pueden fazer, son estos. El fijo que esta en poder de su padre, magner el padre gelo otorgasse. Pero si fuesse Cauallero, o ome letrado, qualquier destes fijos, que aya de los bienes que son llamados peculio castrense, vel quasi castrense, puede fazer testamento dellos. Otrosi dezimos, que el moço que es menor de catorze años, e la moça que es menor de doze años, maguer non sean en poder de su padre, nin de su auuelo, non pueden fazer testamento. E esto es, porque los que son desta edad, non han entendimiento cumplido. Otrosi, el que fuesse salido de memoria, non puede fazer testamento, mientras que fuere desmemoriado; nin el desgastador de lo suyo, a quien ouiesse defendido el Juez que non enagenasse sus bienes. Pero si ante de tal defendimiento ouiesse fecho testamento, valdria. Otrosi dezimos, que el que es mudo, o sordo desde su nascencia, non puede fazer testamento. Empero, el que lo fuesse por alguna ocasion, assi como por enfermedad, o de otra manera, este atal, si supiesse escreuir, puede fazer testamento, escriuiendolo por su mano misma. Mas si fuesse letrado, e non supiesse escreuir, non podria fazer su testamento; fueras ende en vna manera, si le otorgasse el Rey, que lo escriuiesse otro alguno en su lugar. En esta manera misma podria fazer testamento el ome letrado, que fuesse mudo de su nascencia, maguer non fuesse sordo: e esto acaesce pocas vezes. Empero, aquel que fuesse sordo desde su nascencia, o por alguna ocasion, si este atal pudiere fablar, bien puede fazer testamento.*

<sup>296</sup> Vid. Partida IV, Título II, Ley IV, según la cual: “... pero si alguno fuese loco á las veces y despues tornase en su acuerdo, si en aquella sazón que fuese en su memoria consentiera en el casamiento, valdrie”. ARAMBURO, M., *La capacidad civil. Estudio de*, cit., p. 151.

supuestos para que los actos realizados en el periodo considerado de lucidez tengan validez, se exige como presupuesto que exista plena y completa certidumbre de la existencia de la lucidez de inteligencia. Aquí puede mencionarse que se prescinde de las perturbaciones que en el orden intelectual producen dolencias agudas como sería en caso de la epilepsia y la apoplejía, en cuyos casos debe deducirse del silencio de la Ley que quienes estén afectados por estas enfermedades podrán ejercer su capacidad sin ninguna limitación. Y a diferencia de lo que ocurría con los denominados locos, se exige la prueba para quienes estén afectados por estas enfermedades será necesario justificar lo contrario, es decir, la perturbación mental pasajera<sup>297</sup>, consecuencia de la afección, para anular el acto realizado en

---

<sup>297</sup> Quizá aquí podríamos vislumbrar ciertas similitudes con la exención de responsabilidad criminal que nuestro Código penal de 1995 vigente con sus distintas modificaciones, configura como trastorno mental transitorio y que regula en su art. 20 que se ocupa de establecer los supuestos de exención de la responsabilidad criminal, el primero de sus apartados se expresa en los siguientes términos: “1.º *El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*”. Configura estos supuestos como una circunstancia excepcional para que pueda servir como causa para que no se imponga responsabilidad penal a quien cometa hechos delictivos bajo esa anomalía o alteración psíquica. Si bien puntualiza y completa esta exención con el contenido de lo que establece en el segundo párrafo de dicho apartado expresando que “*El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido el prever su comisión*”. De esta forma se impide que el trastorno mental transitorio se configure siempre como causa de exención de responsabilidad criminal, y que pueda servir como patente de corso para cometer cualquier hecho delictivo. Se exige siempre para la aplicación de este trastorno mental transitorio que se pruebe la existencia del mismo y que éste ha sido el motivo de la comisión del hecho delictivo, tal y como mencionábamos en el texto principal que debía exigirse para que se pudiera anular un acto realizado bajo dicha afección.

tal situación. Se definen también los efectos de aquellas dolencias que privan al hombre de los medios ordinarios de comunicación y se exigen ciertas garantías para los actos que ejecuta el ciego, tomando en cuenta la desigualdad de las condiciones en que se encuentra respecto de los demás hombres y se procede completando su personalidad de forma que la capacidad que se le reconoce no se traduzca en su perjuicio.

Tal y como ya hemos ido dicho con anterioridad en Las Partidas se establece que a los locos se les nombrará un curador (Partida VI, Título XVI, Ley XIII)<sup>298</sup>, pero además, al mismo tiempo se reconoce a los guardadores el derecho de ganar la posesión de las cosas en nombre del pupilo (Partida III, Título XXX, Ley IV)<sup>299</sup>.

Por otra parte, y a simple modo de ejemplo, tal y como ya hemos avanzado con anterioridad, mencionaremos que Las Partidas, consignando el principio recogido en el Derecho romano también contemplan una incapacidad para personas con determinadas enfermedades con respecto a determinados actos<sup>300</sup>: tal y como

---

<sup>298</sup> Vid. Partida VI, Título XVI, Ley XIII, cuyo texto ya hemos reproducido con anterioridad en este mismo apartado de nuestro trabajo.

<sup>299</sup> Partida III, Título XXX, Ley IV.- *Guardador de huérfano, ó de loco, ó de desmemoriado, ó de home que fuesse desgastador de sus bienes, bien puede ganar tenencia de toda cosa que toviese en nombre de aquel que hobiese en guarda*". En este texto, por tanto configura la posibilidad de que el guardador (curador) pueda ganar la posesión de bienes en nombre de sometido a guarda, pero tal como podemos observar en el texto no limita esta posibilidad únicamente al supuesto de los huérfanos sino que la extiende también a los locos, así como a los que el texto denomina *desmemoriados*, y lo que es más no se queda ahí, puesto que también será aplicable a quienes hubieren sido nombrados curadores de los pródigos, o como el texto los denomina *desgastadores de sus bienes*.

<sup>300</sup> Vid. ARAMBURO, M., *La capacidad civil. Estudio de, cit.*, pp. 152-156.



ocurre con los impotentes para adoptar, la prohibición de contraer matrimonio para aquellos que carezcan de los órganos necesarios para las funciones de reproducción, etc.

Aramburo en una visión crítica de los anteriores preceptos pone de relieve la obsolescencia de nuestra antigua legislación, cuyas carencias o desfases han debido ser completadas por la práctica de los Tribunales a lo largo del tiempo con el fin de contemplar las necesidades que los nuevos tiempos a lo largo de la historia han ido marcando y apartándose cada vez más a lo que los textos de Las Partidas preconizaban en relación a determinadas cuestiones a las que hemos hecho referencia brevemente como era el caso de la impotencia.

Denuncia Aramburo otra serie de carencias de Las Partidas, ya que manifiesta que en cuanto al concepto de la enfermedad esas leyes revelan falta de principios fijos; de donde los efectos de una misma dolencia no aparecen siempre definidos con idéntico criterio. Remarca que el legislador no señala todos los efectos que las enfermedades producen, por lo que, en ocasiones, resulta necesario acudir a argumentos analógicos; mientras que otras veces estas disposiciones extreman las consecuencias de ciertas enfermedades; no se aprecian todas las condiciones necesarias para el desempeño de ciertos cargos,.. Entre las importantes omisiones que advierte Aramburo<sup>301</sup> se encuentran que no se tomen en consideración las perturbaciones que puede sufrir el individuo por causas pasajeras, como la embriaguez, por lo que la obra del legislador resulta incompleta.

---

<sup>301</sup> ARAMBURO, M., *La capacidad civil. Estudio de, cit.*, pp. 156-157.

Otro de los principales inconvenientes que pone de manifiesto Aramburo del que adolecen estas leyes en cuanto a la regulación viene dado por lo que se refiere a la validez de los actos ejecutados por el que no goza del pleno uso de su inteligencia. Así, cuando se trata de las enfermedades que afectan de un modo duradero a las facultades intelectuales, el legislador define bien sus efectos, declarando que el loco no puede ejercer su capacidad jurídica sino en los momentos de lucidez, que deberán justificarse en cada caso; sin embargo, no sucede lo mismo cuando son dolencias agudas o periódicas las que producen esa perturbación, porque entonces es necesario probar lo contrario para negar validez al acto. Se presume la aptitud del sujeto para ejecutar actos civiles y el legislador quiere que se pruebe que en aquel momento no estaba el sujeto en el uso de las facultades intelectuales.

La Ley no prohíbe rotundamente que el ciego y el sordo sean testigos, vean y entiendan al testador. Y, en palabras de Aramburo, todos esos defectos se deben principalmente a la excesiva influencia del elemento tradicional.

Las Partidas imponen una serie de obligaciones para los guardadores antes de entrar en el ejercicio del cargo, y más concretamente:

- Deberán realizar un inventario (Partida VI, Título XVI, Ley XV) de los bienes del pupilo (ante su carencia podrá ser removido como sospechoso),
- Deberán prestar fianza, si bien en Las Partidas sólo se exige al tutor legítimo,
- Y además deberán prestar juramento de desempeñar bien y fielmente sus deberes conforme a las leyes.

- Durante el ejercicio del cargo el guardador deberá ocuparse de la persona de la persona y bienes del menor o incapaz de tal forma que en lo concerniente a su persona deberá ocuparse de:
  - Su educación, que comprende la dirección moral y civil del menor o incapaz en proporción a su posición social y sus facultades, alcanzando al ámbito físico, moral e intelectual del pupilo;
  - Los alimentos, en la medida en que deberá cubrir todas las necesidades del sometido
  - Las atenciones de su patrimonio;
  - Así como a su representación en juicio y fuera de él.

El nombramiento de curador, tiene la peculiaridad, tal y como hemos visto, que no deberá efectuarse en testamento, pero en el caso de que así sea, deberá ser confirmado por el juez. No se contempla el nombramiento de nuevo curador para los huérfanos, salvo cuando aquél cayere enfermo o no actuara con la debida diligencia, pudiéndose en ese caso nombrarse nuevo curador mientras el enfermo no sanara o, en otro supuesto, mientras no se comportara en la debida forma. En cualquier caso, no hay llamamiento directo a la necesaria previa declaración de incapacidad.

Tal como ya hemos avanzado son Las Partidas el primer texto de la recepción del Derecho romano en nuestro ordenamiento que se ocupa de regular la figura del pródigo y a ello vamos a hacer referencia a continuación.

Como cuestión preliminar respecto al tratamiento que la figura del pródigo recibe en Las Partidas, realizaremos una primera aproximación con las apreciaciones que

Aramburo<sup>302</sup> efectúa al respecto, para quien la regulación que Las Partidas efectúan en relación al pródigo, suponen el mismo concepto y efectúa las mismas aplicaciones del principio que el Derecho romano, destacando que define el pródigo con admirable concisión como el *desgastador de sus bienes*, al que según los preceptos contenidos en este Código, lo somete a nombramiento de curador, sin que pueda, por tanto desempeñar la tutela, contratar ni disponer de sus bienes por actos intervivos. De forma que tampoco podrá administrar bienes, comparecer en juicio, ni ejecutar todos aquellos actos que tengan la misma trascendencia que los contratos.

Ahora bien, una vez realizada esta primera apreciación, pasemos a ocuparnos y analizar la regulación que Las Partidas efectúan de los pródigos.

Así, vemos que la referencia a los pródigos en Las Partidas la encontramos primordialmente en la Partida V, Título XI, Ley V, incluida en la rúbrica “*desgastadores de sus bienes*” y cuyo tenor dice que: “*Como aquellos que son desgastadores de sus bienes, o de los huérfanos que están en guarda de otro no pueden hacer promission a su daño. En latin, prodigus, tanto quiere dezir en romance, como desgastador, de sus bienes e dezimos, que si a este atal por esta razon, le fuesse dado guardador, a algun su pariente, propinco, o a otro: e le fuesse defendido, del juez del lugar, que non usasse de sus bienes, sin otorgamiento de aquel su guardador: ningun prometimiento que despues desto fiziesse, non valdria, nin fincaria por ello obligado, si non en la manera que diximos, en la ley ante desta, del pupilo. Otrosi dezimos, que si acaeciesse, que alguno que fuesse mayor de catorze años, e menor de veynte e cinco, que non*

---

<sup>302</sup> ARAMBURO, M., *La capacidad civil. Estudio de, cit.*, p. 185.

*oviesse guardador, fiziessse prometimiento para obligarse a otro, en alguna manera, que vale el prometimiento. Más si se sintiere engañado, o que lo fizo a su daño puede pedir al juez del logar en manera de restitucion, que le desoblige de aquel prometimiento, e que le torne en el estado en que era ante que lo fiziessse. E si el juez fallare esto en verdad, que es menor de veynte e cinco años, e que el prometimiento fue fecho a su daño, deve lo desfacer, mandando que aquella obligacion, non vala”.*

Esta Partida, se ocupa del pródigo, es decir, de quien despilfarra sus bienes de forma desordenada, y del nombramiento en estos supuestos de una figura de carácter asistencial, guardador, equivalente al curador, que deberá autorizar cualquier acto de carácter patrimonial que afecte al pródigo, curador que será nombrado por el juez y que recaerá en un pariente cercano. La declaración de prodigalidad sobre alguien implicará que no podrá realizar actos de disposición económica tras dicha declaración, y en caso de realizarse alguno, el mismo carecería de validez y no quedará obligado por él.

En esta Partida también se prevé que los actos que realicen los mayores de catorce años, pero menores de veinticinco sí podrán obligarlos. Ahora bien, se establece la posibilidad de poder revocar estos actos cuando resulten perjudiciales a sus intereses, del mismo modo que sucede en los casos en que realizaren un acto por engaño, en cuyos supuestos acudirán al juez a fin que declare la invalidez de tales actos.

Al hilo de esta cuestión Ossorio Serrano<sup>303</sup>, resalta que las Partidas sí intentaban dar una definición de pródigo y lo que es más se advierte que al *desgastador de sus bienes* se le somete a un guardador previa autorización judicial, sin que para ello bastara la manifiesta prodigalidad. Continúa poniendo de manifiesto Ossorio Serrano que el guardador le era designado de entre sus parientes, y que el nombramiento recaerá en aquel que resulte adecuado o bien en otro, realizándose el nombramiento por el juez y a su elección, quedando desde ese momento privado de la libre disposición de sus bienes. Pero además de ello, agrega Ossorio Serrano<sup>304</sup> que independientemente de las consecuencias en el orden patrimonial puro, desde el mismo momento del nombramiento conlleva otra serie de consecuencias pues se veía imposibilitado para ejercer el cargo de tutor, ser testigo, ejercer la profesión de abogado, hacer testamento, ostentar poderes judiciales, etc.

En esta misma línea se expresa Rodríguez-Yniesto Valcarce<sup>305</sup>, que prácticamente en los mismos términos que Ossorio Serrano, pone de manifiesto que la Partida V, Título XI, Ley V en su primera parte *“Como aquellos que son desgastadores de sus bienes, o de los huérfanos que están en guarda de otros no pueden hacer promisión a su daño. En latín, prodigus, tanto quiere decir en romance, como desgastador, de sus bienes e dezimos, ...: ningún prometimiento que después desto fiziesse, non valdria, nin fincaria por ello obligado, si non en la manera que diximos, en la ley ante desta, del pupilo”*, muestra una clara remisión a la ley

---

<sup>303</sup> OSSORIO SERRANO, J.M., *La prodigalidad* (Madrid 1987) pp. 32-33.

<sup>304</sup> OSSORIO SERRANO, J.M., *La prodigalidad, cit.*, p. 33.

<sup>305</sup> RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona* (Pamplona 1991) p. 157.

anterior del mismo Título y Partida, en la que se establece que “*Ca este atal non puede fazer prometimento, que fuese a su daño. Pero si por razon del prometimiento, que fiziese el pupillo, se le siguiesse alguna pro, valdría el prometimiento que fiziese fasta en aquella quantia que montasse la pro del; e fincaría por aquello obligado, e non por mas*”. Este autor al hilo de esta vinculación entre ambas leyes extrae una serie de consecuencias que acercan las figuras del pródigo y la del pupilo. Y en este orden de cosas, en primer lugar destaca que el pródigo al igual que el pupilo, no puede realizar *prometimiento*, es decir, no puede obligarse en su perjuicio, pero sí en su beneficio y no más allá, mostrando aquí las Partidas clara influencia del Derecho romano clásico donde se estableció la diferencia entre actos que mejoran y empeoran la situación patrimonial del pródigo; por otra parte, la situación jurídica del pródigo se asimila a la del pupilo y no a la del loco<sup>306</sup>, tal y como señala que se desprende de la Partida V, Título XI, Ley IV.

Llama la atención que en la Ley IV al establecer aquellos que no pueden *prometer* no mencione a los desgastadores, y esta circunstancia parece que debe entenderse, tal y como señala Rodríguez-Yniesto Valcarce porque la lista que aparece en esta

---

<sup>306</sup> GARCÍA GALLO, A., *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Publicaciones Universidad de (Sevilla 1982) p. 99, quien señala que en ningún lugar asemeja el Código de Alfonso el Sabio el desgastador, como siempre llama al pródigo, con el loco o furioso y que son sólo los tratadistas posteriores, bajo el influjo del Derecho común quienes le reputan loco, pero lo hacen por su mala conducta. Y en la misma de la línea se pronuncia BORREGO BELLIDO, F., *La prodigalidad como causa modificativa de la capacidad de obrar*, Tesis, (Salamanca 1975) pp. 209 y 210 y Aramburo (ARAMBURO, M., *La capacidad civil. Estudio de, cit.*, p. 186), para quien, sin embargo y sin dar razones al hablar de las Partidas, cuando se refiere a al pródigo afirma que “se le equipara en todo al loco”.

Ley no tiene carácter exhaustivo sino que necesita completarse con la Ley V, de tal forma que la situación del pródigo (“*desgastador*”) es considerada distinta y únicamente parecida en este caso a la del pupilo.

Si existe otra cuestión que consideramos que debe destacarse es que en Las Partidas se regula la figura de los pródigos y dicha regulación se efectúa dentro de la regulación de la contratación, y más concretamente de la capacidad contractual, en la medida en que esta capacidad en ellos resulta limitada, pero además debemos fijarnos en una serie de cuestiones que podemos extraer de la Partida V, Título XI, Ley V<sup>307</sup>. Así, de la misma podemos destacar una serie de cuestiones<sup>308</sup>:

---

<sup>307</sup> Cuyo tenor, aunque ya lo hemos transcrito con anterioridad, procedemos a recordar a continuación: “*Como aquellos que son desgastadores de sus bienes, o de los huerfanos que estan en guarda de otri non pueden fazer promission a su daño. En latin, prodigus, tanto quiere dezir en romance, como desgastador, de sus bienes e dezimos, que si a este atal por esta razon, le fuesse dado guardador, a algun su pariente, propinco, o a otro: e le fuesse defendido, del juez del lugar, que non usasse de sus bienes, sin otorgamiento de aquel su guardador: ningun prometimiento que despues desto fiziesse, non valdria, nin fñcariá por ello obligado, si non en la manera que diximos, en la ley ante desta, del pupilo. Otrosi dezimos, que si acaeciesse, que alguno que fuesse mayor de catorze años, e menor de veynte e cinco, que non oviessse guardador, fiziesse prometimiento para obligarse a otro, en alguna manera, que vale el prometimiento. Más si se sintiere engañado, o que lo fizo a su daño puede pedir al juez del logar en manera de restitucion, que le desoblige de aquel prometimiento, e que le torne en el estado en que era ante que lo fiziesse. E si el juez fallare esto en verdad, que es menor de veynte e cinco años, e que el prometimiento fue fecho a su daño, deve lo desfacer, mandando que aquella obligacion, non vala”.*

<sup>308</sup> RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la*, cit., p. 158.



En primer lugar, Las Partidas ofrecen un concepto escueto pero expresivo y útil del *prodigus*<sup>309</sup> como desgastador de sus bienes, sin referencia al origen de los mismos ni a la existencia de herederos forzosos.

En segundo lugar, al desgastador se le da guardador, sin cuyo otorgamiento no puede usar de sus bienes. El guardador se ha entendido que debe entenderse como un término genérico que engloba a tutor y curador, entendiéndose la guarda del pródigo como curatela y al guardador como curador.

Sin embargo, la regulación que realizan Las Partidas de la prodigalidad tampoco se halla exenta de críticas y en este sentido algunos autores como Aramburo<sup>310</sup> que ponen de manifiesto que las disposiciones de Las Partidas adolecen de diversos defectos, en la medida en que para definir la prodigalidad se valen de una ficción, suponiendo un concepto erróneo de aquélla y atribuyéndose efectos que está muy lejos de producir, imitando en ello al Derecho romano, cuyos preceptos relativos a la materia no respondían a la verdadera naturaleza de la prodigalidad,

---

<sup>309</sup> Vid., ARAMBURO, M., *La capacidad civil. Estudio de, cit.*, p. 185 quien, tras poner de manifiesto que la legislación de Las Partidas supone el mismo concepto y hace las mismas aplicaciones del principio de la capacidad del pródigo, señala que el pródigo aparece definido con admirable concisión como *desgastador de sus bienes*. De conformidad con el texto de Las Partidas el pródigo está sujeto a curaduría y, por tanto, no podrá desempeñar la tutela, contratar ni disponer de sus bienes por actos inter vivos, administrar bienes, ni comparecer en juicio, ni ejecutar todos aquellos actos que tienen la misma trascendencia que los contratos. No podrá otorgar testamento (Partida VI, Título I, Ley XIII) ni ser testigo en las últimas voluntades (Partida VI, Título I, Ley IX). Al pródigo también le estará vetada la posibilidad de ser comisario y albacea, debido a la poca confianza que inspira al legislador para el ejercicio de estos cargos que imponen deberes harto delicados.

<sup>310</sup> Vid. ARAMBURO, M., *La capacidad civil. Estudio de, cit.*, pp. 186-187.

llegando hasta el punto que no se efectúan todas las debidas aplicaciones, en la medida en que en unas ocasiones se exageran los efectos de esta causa, en otras se prescinde de los que naturalmente produce, de manera que en esas ocasiones será necesario acudir a argumentos de analogía para decidir la situación del pródigo.

En palabras de Aramburo<sup>311</sup> las indicadas resoluciones no dejan a los Tribunales la necesaria libertad para que dicten las oportunas medidas de precaución, que deberán ser distintas en cada caso, en función de la mayor o menor gravedad de la malversación llevada a cabo por el pródigo revista. O lo que es lo mismo, en dichas disposiciones no se parte de los datos necesarios para resolver con unidad de criterio las dudas que puedan ocurrir en la práctica. El pródigo tiene limitada su capacidad, no únicamente por lo que se refiere a la administración y empleo de sus bienes (disposición por actos inter vivos, contratos, testamentos, etc.) sino también por lo que respecta a la dirección y jefatura de la familia, con lo que el legislador, en opinión de Aramburo, se extravía y prescinde por completo de los más elementales principios filosóficos del Derecho.

En tercer lugar, hay que tener en cuenta que la curatela del pródigo es dativa, es decir judicial, en ningún caso legítima ni testamentaria: lo que implica que será necesaria la declaración judicial para producir la restricción de capacidad, y esta declaración de la limitación de la capacidad corresponderá al Juez, estableciéndose, tal como pone de manifiesto Borrego Bellido<sup>312</sup>, que el Juez competente será el del lugar, por lo que resulta novedoso y aquí Las Partidas se anticipan ya al criterio del Tribunal Supremo y legislaciones posteriores que

---

<sup>311</sup> ARAMBURO, M., *La capacidad civil. Estudio de, cit.*, p. 187.

<sup>312</sup> BORREGO BELLIDO, F., *La prodigalidad como causa, cit.*, p. 199.

vienen a determinar como juez competente el del domicilio del demandado (presunto incapaz) por tratarse de una cuestión relativa al estado civil.

Pero, en definitiva, el sistema de Las Partidas podemos afirmar que presentaba ciertas deficiencias<sup>313</sup>: el control del cargo tutelar era nulo y no existían más que diferencias formales entre la institución de la tutela y la curatela. La dualidad tutela/curatela no se traducían en un diferente estatuto jurídico de la persona según sus variables circunstancias, sino que las mismas limitaciones afectaban al sujeto sometido a tutela que al sometido a curatela ejemplar o *ad bona*.

## **II. 2. 5.- La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855**

Las carencias de que adolecía el sistema establecido en Las Partidas (la falta de control del cargo tutelar, la falta de diferencias formales entre las instituciones de la tutela y la curatela) son solventadas en gran parte con la promulgación de las Leyes posteriores que van completando la regulación que afecta a la materia que nos ocupa, especialmente mediante la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, aprobada por Real Decreto de 13 de mayo de 1855, y más tarde con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, regulaciones que mantendrán su vigencia hasta el vigente Código Civil de 1889.

Los primeros antecedentes de la necesidad de un procedimiento de declaración de incapacidad previo al nombramiento de curador, en la línea ofrecida en el Código

---

<sup>313</sup> Así lo pone de manifiesto Chimeno Cano en, CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e, cit.*, p. 129.

Civil de Napoleón de 1804<sup>314</sup> (que ha tenido gran influencia tanto dentro como fuera de Europa<sup>315</sup>), como concepto novedoso y garantista del incapaz, lo encontramos en el Proyecto de Código Civil de 1851<sup>316</sup>. El procedimiento que contemplaba dicho Proyecto aunque que se asemejaba bastante al existente actualmente, en la medida en que se tramitaba ante el Juzgado de Primera

---

<sup>314</sup> No en vano, no podemos olvidar que el Código Civil francés (*Code*) de 1804, sirve de inspiración no sólo al Código Civil español, sino a otros ordenamientos jurídicos europeos, los cuales reproducen gran parte de su articulado. Debe destacarse no obstante que, el *Code* ha sido objeto de numerosas e importantes reformas especialmente en los Títulos X y XI de su Libro I, modificando el tratamiento de los derechos de la persona y la familia en Francia, habiéndose llegado a cambiar el tratamiento que en un principio se realizaba de la incapacitación y de la tutela. A este respecto consideramos oportuno poner de manifiesto que si bien este trabajo pretende tener amplitud de miras, no es menos cierto que, aunque sí vamos a realizar algunas referencias a dicho Código por la importante influencia que ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico, no nos detendremos a efectuar un análisis pormenorizado de dicha regulación, ya que un minucioso análisis de esta cuestión pensamos que escaparía al objeto del presente trabajo, pues dicha regulación bien merece por sí misma un estudio personalizado y pormenorizado.

<sup>315</sup> Tal como pone de manifiesto Valdés Valentín-Gamazo, el Código de Napoleón destaca de éste, entre otras cuestiones, la existencia de dos tutelas: en primer lugar, la que aparece en el título VIII, capítulo 2<sup>a</sup>, bajo la denominación de *Tutelle officieuse*, arts. 361 y ss.; y, en segundo lugar, la que aparece en el título X, capítulo 2<sup>o</sup>, que es la que tradicionalmente se ha venido conociendo con el nombre de tutela. Otra de las importantes innovaciones que introduce el Código napoleónico lo constituye la admisión de la posibilidad de que el denominado Consejo de Familia decida que la madre conserve la tutela, diferenciándolo de otros textos anteriores en los que esta posibilidad no se contemplaba. Por otra parte, señalar que el *Code* regula tanto la tutela testamentaria, como la legítima y la dativa. Por otra parte, entendemos que por la innegable influencia del Derecho romano, en su art. 417 se admite la posibilidad de nombramiento de un protutor en el supuesto de que el menor posea bienes en las colonias. VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., *Evolución histórica, cit.*, pp.45 y ss.

<sup>316</sup> Proyecto que finalmente no llegó a ver la luz.

Instancia, en el que era preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal y el procedimiento finalizaba con una sentencia, contra la que se podía presentar recurso de apelación, y se concebía como un sistema contradictorio, sin embargo, dicha regulación no llegó a plasmarse en el texto definitivo.

Como ya hemos apuntado la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, no optó por seguir la línea apuntada en el mentado Proyecto de Ley del Código Civil, que mantiene el sistema básico establecido en Las Partidas.

Pasemos a continuación a preocuparnos y ocuparnos del contenido del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, especialmente en la materia que nos interesa. Si bien en primer lugar no debemos hacer referencia a cómo estaba estructurado dicho cuerpo legal. A este respecto y examinando su articulado y contenido podemos afirmar que se estructuraba en dos partes<sup>317</sup>, a más decir, Jurisdicción contenciosa y voluntaria, y fue dentro de ésta última, en su título III, donde se ocupó de regular las instituciones que nos ocupan y lo denominó *Del nombramiento de tutores, y del discernimiento de estos cargos*.

El indicado título estaba dividido en un total de seis secciones: la Sección Primera lleva por título *Del nombramiento de los tutores*, y comprende los arts. 1.219 a 1.230; la Sección Segunda recibe como denominación *Del nombramiento de curadores para los bienes*, abarcando los arts. 1.231 a 1.242; la Sección Tercera que lleva por rúbrica *Del nombramiento de curadores ejemplares*, comprende los arts. 1.243 a 1.252; la Sección Cuarta, *Del nombramiento de curador para pleitos*, abarca los arts. 1.253 a 1.260; la Sección Quinta, *Del discernimiento de los cargos*

---

<sup>317</sup> Vid. CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e, cit.*, p. 129.

*de tutor y curador*, arts. 1.261 a 1.270; y por último, la *Sección Sesta*, regula las *Disposiciones comunes á las secciones anteriores*, y alcanza desde el art. 1.271 hasta el 1.276.

En realidad la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 va a inaugurar un nuevo procedimiento con el objetivo de regular un procedimiento judicial encaminado a obtener una declaración de incapacidad pero sometiéndolo a las normas de jurisdicción voluntaria<sup>318</sup>. La sección III, del Título III del Libro IV que, tal como hemos indicado anteriormente, viene referido a dicha jurisdicción voluntaria<sup>319</sup>, regula el nombramiento de curadores ejemplares y habla de su presupuesto inmediato: la incapacitación de personas físicas. Es aquí, la primera vez que en la historia del Derecho español se prevé, aunque sea de forma confusa, la judicialización de la incapacitación del demente. A través de un expediente que va a tener la particularidad de no transformarse en contencioso aunque exista oposición, se dictará una providencia que declarará si se da o no justificación cumplida de la incapacidad del sujeto en cuestión. Dicha resolución podrá ser susceptible de apelación y de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

---

<sup>318</sup> CABRERA MERCADO, R., “El proceso de incapacitación”, *cit.*, p. 210.

<sup>319</sup> Adviértase que recientemente, en nuestro ordenamiento actual, tras años de espera, y después de una larga y profusa tramitación, en desarrollo de la disposición final decimoctava contenida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (actualmente vigente) en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, se ha publicado la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria, concretamente la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (B.O.E. número 158, de 3 de julio de 2015) y de cuyo estudio nos ocuparemos en el tercer capítulo de este trabajo.

Los arts. 1.219 a 1.230 de la L.E.C. de 1855 se ocupan de regular la tutela testamentaria.

El art. 1.219 señala que: “*Acreditado el nombramiento de tutor hecho por el padre en última disposición, se le discernirá el cargo por el Juez, sin exigirle fianzas, si se le hubiere dispensado de ellas*”.

En dicho art. tal como vemos se ocupa del nombramiento de tutor mediante disposición testamentaria del padre, y al mismo tiempo prevé que para los supuestos en los que el padre así lo hubiere dispuesto se podrá dispensar al tutor de prestar la correspondiente fianza, de lo que se deduce que, de no existir esta dispensa necesariamente se deberá exigir al tutor la prestación de fianza.

Y siguiendo la estela del art. 1.219 L.E.C. de 1855, anteriormente transcrito, los artículos que lo prosiguen, concretamente los arts. 1.220 a 1.224<sup>320</sup> no hacen sino reforzar la previsión del art. 1.219, que venía referido, tal como hemos visto, al supuesto en el que dicha dispensa de fianza viniera establecida por el padre en

---

<sup>320</sup> En similar sentido encontramos los arts. 1.833 a 1.835 de la L.E.C. de 1881 a la que nos referiremos con mayor detenimiento en el siguiente apartado del presente capítulo de este trabajo, si bien reproducimos el tenor de dichos preceptos a continuación: Art. 1.833: “*Acreditado el nombramiento de tutor, hecho en disposición testamentaria por el padre o la madre del menor, mandará el Juez que se le discierna el cargo sin exigirle fianzas, si se le hubiere relevado de darlas*”. Art. 1.834: “*También se mandará discernir el cargo de tutor al nombrado por cualquier persona que haya instituido heredero al menor, o dejándole manda o legado de importancia; pero la relevancia de fianza, en su caso, sólo se entenderá respecto a los bienes en que consista la herencia o legado*”. Art. 1.835: “*No obstante lo dispuesto en los dos arts. anteriores, cuando sobrevengan razones muy fundadas, que el Juez apreciará atendidas las circunstancias especiales que en su caso ocurran, podrá exigir la prestación de fianza aun al tutor o curador nombrado por el padre o la madre, o por otra persona que haya dejado al menor manda o legado de importancia*.”

disposición testamentaria, para a continuación en los siguientes artículos extenderlo al caso en el que es la madre (art. 1.221<sup>321</sup>) quien, en el caso que el padre hubiere fallecido, hubiera establecido dicha dispensa de prestar fianza a los tutores que había nombrado en disposición testamentaria, si bien el texto no se queda ahí, ya que contempla que quien hubiere sido nombrado tutor pueda resultar exonerado de prestar fianza por aquellos que hubieren instituido al menor heredero o le hubieren dejado manda o legado de importancia (art. 1.222<sup>322</sup>).

No obstante ello, no en todos los casos en los que las personas anteriormente mencionadas establezcan la dispensa para el tutor de prestar fianza se aplicará necesariamente, pues en el art. 1.223<sup>323</sup> de dicha L.E.C. de 1855 se contempla que aún en esos supuestos podrá el Juez exigir la prestación de fianza cuando estime que el tutor no ofrece garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal patrimonial que le hubiere sido encomendado.

La promulgación de esta Ley, tal y como pone de manifiesto Guilarte Martín-Calero<sup>324</sup>, supone una modificación del sistema de fianzas implantado en Las Partidas donde únicamente se exigía de forma expresa la prestación de fianza al

---

<sup>321</sup> Art. 1.221 L.E.C. de 1855: “*Si la madre, á falta de padre, hubiere nombrado tutor á su hijo, se discernirá tambien el cargo al nombrado sin fianza si hubiere sido relevado de ella por la misma madre.*”

<sup>322</sup> Art. 1.222 L.E.C. de 1855: “*Lo prevenido en el art. anterior se observará tambien respecto al nombrado tutor por cualquier persona que haya instituido heredero al menor, ó dejádole manda ó legado de importancia.*”

<sup>323</sup> Art. 1.223 L.E.C. de 1855: “*En los casos de que hablan los dos arts. procedentes, puede el Juez exigir fianzas al tutor nombrado, aun cuando haya sido relevado de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregársele.*”

<sup>324</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo*, cit., pp. 39-40.



tutor legítimo, sin que fuera recomendable la interpretación estricta de la ley, en la medida en que no sería extensible ni a los tutores dativos ni a los curadores, y preconiza que la interpretación más acorde con el espíritu de la ley es que al no eximir la ley a ningún guardador de la obligación de afianzar, debe deducirse que, tal como sostienen Gómez de la Serna y Montalbán<sup>325</sup>, resulta extensiva a todos. Continúa afirmando Guilarte Martín-Calero<sup>326</sup> que las Leyes de enjuiciamiento admiten la posibilidad de que quien haya sido nombrado tutor pueda ser relevado de prestar fianza cuando su nombramiento provenga de disposición testamentaria efectuada por el padre, la madre y cualquier persona que instituya heredero al menor o dejándole manda o legado de importancia hubiera establecido en dicha disposición que el nombrado quedara dispensado de prestarla. Ahora bien, dicha exención de fianza no tiene carácter taxativo, por cuanto existen determinados supuestos en los que dicha exención desaparecerá y la prestación de fianza se tornará en obligatoria. Así ocurrirá a pesar de dicha dispensa, cuando el juez aprecie que han sobrevenido y concurren razones muy fundadas para estimar que sí debe exigirse la prestación de dicha fianza.

La L.E.C. de 1855 como novedad y a diferencia con lo que sucedía en Las Partidas, donde no se permitía nombrar curador por testamento, sí contempla esta posibilidad y se ocupa de regular la curatela testamentaria. De hecho la regulación de dicha modalidad del establecimiento de la curatela la materializa y plasma en sus arts. 1.231 a 1.236<sup>327</sup>, en los que se contempla que se pueda nombrar curador

---

<sup>325</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal, cit.*, pp. 551-552.

<sup>326</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo, cit.*, p. 40.

<sup>327</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo, cit.*, p. 36.

por testamento y relevarse de prestar fianza la persona nombrada cuando tal designación se realiza por el padre, la madre o cualquier extraño que instituyera heredero al menor o le dejara “manda de importancia” cuando éstos lo hubieran establecido en dicha disposición testamentaria. Ahora bien, cuando se considere que el nombrado no ofrece las garantías suficientes podrá exigírsele fianza. Se permite también que el menor pueda oponerse al nombramiento de una determinada persona como curador.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.855, se apunta la posible declaración de incapacidad, al establecer en su art. 1.243 que “*el nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el juez del domicilio del que lo necesite, luego que tenga noticia de su incapacidad*”, y al ponerlo en relación con lo establecido en art. 1.244, en virtud del cual “*a este nombramiento deberá preceder justificación cumplida de incapacidad*” (sentencia), se deduce que ello no significa la necesidad de procedimiento previo, en la medida en que no establecía los criterios a seguir para acreditar dicha incapacidad, así como tampoco establecía ningún tipo de garantía. No se exigía más que una justificación suficiente que debía apreciarse por el juez al que correspondiera nombrar curador ejemplar, nombramiento cuya competencia correspondía a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio del incapaz, a través de una resolución judicial (sentencia) contra la que podía interponer recurso de apelación. Sin embargo, ello tampoco implicaba la necesidad de una declaración previa de incapacidad, y en ese sentido se pronunciaba la STS de 28 de diciembre de 1863, en virtud de la cual “*el reconocimiento no es esencial, y, por tanto, el Juzgado puede prescindir de él*”,

conservándose por el legislador el tratamiento de la incapacidad como hecho jurídico producido<sup>328</sup>.

La competencia para el nombramiento de curador ejemplar correspondía a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio del incapaz<sup>329</sup>, y la resolución era apelable. Por otra parte, tal y como remarca Chimeno Cano<sup>330</sup> en virtud de un Reglamento Provisional de 1835 se excluía expresamente a los Alcaldes y Tenientes de Alcalde, y a éstos se les confería competencias para el conocimiento de expedientes de jurisdicción voluntaria.

Con anterioridad a la promulgación de la primera L.E.C., la única regulación era la que contemplaban los Proyectos de Código Civil de 1.821, 1.836 y 1.851, a los que nos referiremos más adelante.

---

<sup>328</sup> CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e, cit.*, p. 129.

<sup>329</sup> Al igual que sucede con las previsiones contenidas en la regulación actual de la institución, en nuestra L.E.C. 1/2000, actualmente vigente, y más concretamente en sus arts. 52. 1. 5º y 756.

Art. 52. 1. 5: “*Competencia territorial en casos especiales. 1. No se aplicarán los fueros establecidos en los arts. anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente art. en los casos siguientes: 5º.- En los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos, será competente el tribunal del lugar en que éstos residan.*”

Art. 756. “*Competencia. Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.*”

<sup>330</sup> CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e, cit.*, p. 129.

Dicho cuerpo legal regula el nombramiento de curador dentro de los actos de jurisdicción voluntaria<sup>331</sup>.

El art. 1.243 de dicha Ley, tal como hemos expuesto, si bien establece el nombramiento de curador con posterioridad a la constancia de la incapacidad y no con carácter previo sigue sin resultar clarificador, en orden a determinar si esa noticia de su incapacidad debe interpretarse como un necesario procedimiento previo de incapacidad o no. Tampoco resulta más clarificador el art. 1.244 al hablar de justificación cumplida de la incapacidad con carácter previo a dicho nombramiento.

La problemática residía nuevamente en determinar si era necesaria la incapacitación judicial con carácter previo al nombramiento de curador o si el juez únicamente intervenía para proceder a tal nombramiento.

Pues bien, tampoco en este texto legal se ofrece una respuesta clara, ya que para una parte de la doctrina, el loco, en la medida en que carecía de razón era incapaz *ipso facto*, por la naturaleza y por la ley, sin que fuera, por tanto, necesaria su previa declaración de incapacidad; mientras que, para otro sector de la doctrina, la LEC de 1855 fue la primera que contempla que se declare la incapacidad del loco o demente con carácter previo al nombramiento de curador, pero, sin embargo, esta corriente doctrinal consideraba cumplido dicho requisito previo con el simple hecho de acreditar la incapacidad, sin que en ningún caso se establezca la necesidad de un proceso declarativo previo en el que el juez decidiera la procedencia o no de dicha declaración. Ahora bien, cuando el legislador menciona

---

<sup>331</sup> Así lo menciona GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacitación por enfermedades*, cit., pp. 19 y ss.

la *justificación cumplida* parece que en realidad está manifestando su deseo de excluir la necesidad del juicio declarativo ordinario de incapacidad<sup>332</sup> previo al nombramiento de un curador. Se distinguían los locos de los pródigos, en que éstos, fuera de la pasión dominante que les impulsa a malversar sus bienes, eran hombres de razón cumplida, por lo que su incapacidad sólo existe en virtud de una declaración judicial.

La promulgación de esta L.E.C. de 1855, lejos de proporcionar mayor claridad a la cuestión de declaración judicial de incapacidad siembra todavía mayor confusión.

## **II. 2. 6.- La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881**

La exigencia de una declaración previa de incapacidad antes del nombramiento de una figura de asistencia (curador), no aparece claramente establecida hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881. El apartado tercero de su art. 483, al regular el juicio ordinario de mayor cuantía establecía que “*se decidirán en juicio ordinario de mayor cuantía:...* 3. *Las relativas á derechos políticos ú honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas*”. Dicho precepto configuraba que los procedimientos relativos a la condición de las personas, dentro de los que se incluirían los relativos a la capacidad de las personas, se tramitarán por el procedimiento de mayor cuantía. Así pues, a partir entonces es cuando se instaura

---

<sup>332</sup> GARCÍA- LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacidad por enfermedades*, cit., p. 21.

en nuestro ordenamiento jurídico la necesidad de la declaración previa de incapacitación. Esta necesidad de declaración previa de incapacitación, introducida por la L.E.C. de 1889, perdura hasta nuestros días, resultando de aplicación hasta la actualidad. La regulación de dicho procedimiento ha sido objeto de diversas modificaciones, que se han ido efectuando en nuestro Código Civil como la regulación existente hasta la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000.

El procedimiento que contemplaba la L.E.C. de 1889, para la declaración previa de incapacitación resulta llamativo que lo incardine dentro del procedimiento más complejo de cuantos regulaba, que, del mismo modo, conllevaba una tramitación más dilatada, en lugar de optar por una tramitación dotada de una mayor agilidad, que quizá resultara más acorde con lo que requería la materia de la que nos ocupamos.

Y aunque hubo quien abogó por reconducir el procedimiento de incapacitación dentro de los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria (arts. 1.811 a 2.174 L.E.C. de 1881), por entender que no se trataba de un procedimiento contradictorio, la doctrina mayoritaria ha venido entendiendo que el proceso de incapacitación es un proceso de partes, ordenado según el patrón de la contenciosidad, aunque de naturaleza sumaria, sin que pueda ser confundido, aun cuando la oposición de alguna de las partes al proceso no se produzca, con un expediente de jurisdicción voluntaria. Así lo recoge la doctrina del Tribunal Supremo<sup>333</sup>, que es clara a este respecto al señalar que “la llamada jurisdicción voluntaria no extiende su esfera de acción a los procedimientos en que se solicite

---

<sup>333</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1985 (EDJ 1985/7199).

la declaración de incapacidad de una persona para administrar sus bienes, porque tal pretensión no se traduce en nueva constatación de actos *inter volentes*, sino que implica ejercicio en su resolución del *ius dicere*, como controversia judicial entre partes conocidas y determinadas que entra de lleno en el ámbito del procedimiento civil contencioso o jurisdiccional *stricto sensu*”, estableciendo igualmente que sólo se permitirá el nombramiento de curador a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria cuando exista una previa declaración de incapacidad por sentencia firme, ya que para aquellos casos en los que aún no esté declarada en tal forma la incapacidad, será preciso obtenerla en un antejuicio, que habrá de ser de naturaleza contenciosa por la índole de la resolución que requiere, definidora de la situación jurídica de capacidad o incapacidad sometida a decisión judicial.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, dentro del Título III del Libro III, dedicado a la jurisdicción voluntaria, el nombramiento de tutores y curadores y el discernimiento de estos cargos<sup>334</sup>.

El nombramiento de curadores ejemplares para aquellas personas que hubieren sido incapacitadas para administrar sus bienes, bien por sentencia firme o tras la realización de un antejuicio (art. 1.848 de la L.E.C. de 1881), se regulaba en la Sección III, del Título III, del Libro III. Quedaba con ello patente que el nombramiento de curador se producía en cualquier caso con posterioridad a que una determinada persona hubiera sido previamente declarada incapaz, bien mediante un sentencia o a través de un antejuicio, lo que sí queda en cualquier caso clara es la previa declaración de incapacidad.

---

<sup>334</sup> Vid. CANO TELLO, C. A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*. (Madrid 1984) p. 151.

En ambos casos, sostiene Cano Tello<sup>335</sup> que, la tramitación del expediente, que lo es de jurisdicción voluntaria, ante la falta de normas específicas para esta cuestión, se regía por las disposiciones contenidas en el Título I de la L.E.C. de 1889, y de hecho, tal y como preceptúa el art. 1.873 de la L.E.C. cualquier cuestión que se pudiese producir entre las disposiciones contenidas en el Título III se sustanciará por los trámites de los incidentes.

Cabe resaltar que, el expediente podía ser iniciado incluso de oficio<sup>336</sup> por el órgano judicial competente (art. 63.17 L.E.C.<sup>337</sup>) que tuviera conocimiento de la existencia de alguna de las situaciones que daban lugar al nombramiento de curador ejemplar (art. 1.847 L.E.C.<sup>338</sup>).

Según ponía de manifiesto García-Luben Barthe<sup>339</sup> el régimen jurídico establecido en la L.E.C. de 1889 en el momento de su promulgación, modificó algo las

---

<sup>335</sup> CANO TELLO, C. A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre, cit.*, p. 154.

<sup>336</sup> Así lo pone de manifiesto CANO TELLO, C.A. *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre, cit.*, p. 154.

<sup>337</sup> A tenor del art. 63.17 de la L.E.C.: “*Para determinar la competencia, fuera de los casos expresados en los arts. anteriores, se seguirán las reglas siguientes: ...17<sup>a</sup>. En el nombramiento y discernimiento de los cargos de tutores o curadores para los bienes y excusas de estos cargos, será juez competente el del domicilio del padre o de la madre, cuya muerte ocasionare el nombramiento, y, en su defecto, el del domicilio del menor o incapacitado, o el de cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles.*”

<sup>338</sup> De conformidad con lo preceptuado en el art. 1.847 L.E.C. 1881: “*El juez competente, a cuyo conocimiento llegue que alguna persona ha sido declarada, por sentencia firme, incapacitada para administrar sus bienes, le nombrará curador ejemplar, encabezando el expediente con testimonio de dicha sentencia*”.

<sup>339</sup> GARCÍA- LUBÉN BARTHE, P, *El proceso de incapacitación por enfermedades, cit.*, pp. 21-22.



disposiciones anteriores, pero en lo referente al enfermo mental, la cuestión quedó sin aclarar definitivamente.

La regla general se contenía en el art. 1.847 L.E.C. y de conformidad con la que sería necesario que *previamente* al nombramiento de curador ejemplar, que hoy debía entenderse referido a tutor o curador, se declarara la incapacidad por sentencia firme.

Tal como ya hemos indicado con anterioridad el procedimiento adecuado para ello sería el de mayor cuantía, de conformidad con lo previsto en el art. 483.3 L.E.C., y el juez competente para conocer de este juicio sería el de Primera Instancia del partido donde el presunto incapaz tuviera su domicilio.

De esta regla general, tal como remarca García-Luben Barthe, únicamente se exceptuaría un supuesto, cual es el de la locura o demencia. Esta peculiaridad aparece regulada en el art. 1.848 L.E.C. según el cual *cuando la incapacidad por causa de demencia no resulte declarada en sentencia firme, se acreditará sumariamente en un antejuicio y se nombrará un curador ejemplar interino, reservando a las partes el derecho que pueda asistirles en el juicio correspondiente.*

Parece que de esta forma se pone de manifiesto la preocupación existente en aquella época por la situación de hecho de los enfermos mentales.

El legislador se muestra consciente de la necesidad de resolver esta situación, sin esperar la sentencia que ponga fin al procedimiento ordinario de mayor cuantía<sup>340</sup>

---

<sup>340</sup> GARCÍA- LUBÉN BARTHE, P, *El proceso de incapacidad por enfermedades*, cit., p. 22.

que declara la incapacidad, ya que la protección de la persona y bienes del loco, exige una actuación rápida y eficaz de la Jurisdicción.

Para ello se configura lo que denomina un *antejuicio*, que no es sino un acto de jurisdicción voluntaria, por el que no se trataba de declarar la incapacidad, sino de adecuar la situación de hecho a la situación de derecho y proteger de modo inmediato a la persona presuntamente incapaz de los perjuicios que su situación pudiese ocasionar en ella misma o en sus bienes, y para ello se procedía a nombrar un curador ejemplar interino con *carácter provisional*, cuyo nombramiento tendría vigencia hasta que la incapacidad por demencia se determinara en juicio declarativo ordinario. En opinión de Fenech Navarro<sup>341</sup>, este antejuicio es un acto de jurisdicción voluntaria en el que la existencia de oposición por alguno que tenga interés en el asunto, no provoca que se torne en contencioso y que haya de sujetarse a los trámites establecidos para el juicio que corresponda (que como hemos indicado en este supuesto sería el de mayor cuantía), absteniéndose de dictar resolución sobre el fondo, sino que por el contrario, la actividad jurisdiccional debe seguir adelante hasta dictar el auto que, resolviendo sobre el fondo, tenga acreditada la incapacidad, con sus efectos consiguientes, o declare que no existen motivos suficientes para tenerla por acreditada.

Una cuestión que merece destacarse es que tal y como pone de manifiesto Cano Tello<sup>342</sup>, según lo establecido en la L.E.C. de 1881, concretamente en su art. 1.879 que deberá ponerse en relación con el art. 483.3 al que hemos hecho referencia al

---

<sup>341</sup> FENECH NAVARRO, M., *La incapacitación del enfermo mental*, RDPI (Madrid 1979) p. 484.

<sup>342</sup> CANO TELLO, C. A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo, cit.*, p. 155.

inicio del presente apartado de nuestro estudio. De la conjunción de ambos arts. podemos extraer que tanto los tutores como los curadores, una vez nombrados, aunque hubieran sido nombrados mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria que venía precedido de la preceptiva declaración judicial de incapacidad, no podrán, sin embargo, ser removidos del cargo por este mismo procedimiento, sino que para ello deberán seguirse los trámites del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, como ya hemos avanzado con anterioridad.

Debemos plantearnos cuáles son los motivos que llevan al legislador a introducir la necesidad, con carácter previo al nombramiento de un curador<sup>343</sup>, dado que el mismo debía nombrarse para aquellos que siendo mayores de veinticinco años son *locos o desmemoriados*<sup>344</sup>, de declaración de la incapacidad de una determinada persona. Pues bien, dada la complejidad para determinar quien reúne tal característica, la dificultad de este medio estriba en el peligro de que se abuse de la situación de un hombre atribuyéndole un mal que no tiene; calificando la impropiedad de la clasificación de Partidas de una elasticidad abusiva, justificando por ello el mecanismo introducido por la Ley de Enjuiciamiento Civil

---

<sup>343</sup> Respecto a la regulación de la curatela testamentaria la L.E.C. de 1881 le dedica sus arts. 1.841 a 1.843, apartándose de lo establecido por la L.E.C. de 1855 en algunos aspectos: a) cuando sobrevengan razones fundadas, puede el juez exigir la prestación de fianza, aún cuando el padre, la madre o el extraño le hubieren relevado de ellas (en la normativa anterior sólo se podía contrariar la voluntad de la madre y la del extraño); b) el menor ya no podrá oponerse a la designación materna, como ocurría antes, sino que limita tal oposición al nombramiento hecho por la persona que le haya instituido heredero o dejado manda de importancia.

<sup>344</sup> Partida VI, Título XVI, Ley XIII.

de 1889, consistente en la exigencia con carácter previo al nombramiento, justificación cumplida de la incapacidad en sentencia firme, en virtud de la cual se declarase incapacitado al que se trataba de someter a dicha curatela o, en su defecto, era preciso acreditar en un antejuicio aquella incapacidad<sup>345</sup>.

Ahora bien, las disposiciones contenidas en esta LEC fueron objeto de múltiples modificaciones<sup>346</sup>, especialmente con la publicación del Código Civil, ordenada por Real Decreto de 24 de julio de 1869 en cumplimiento de lo previsto en la base 7<sup>a</sup> de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Con esta publicación se dio una nueva regulación a la tutela, de forma tal que abolió, al tratarse de una ley posterior, las reglas procedimentales contenidas en la L.E.C. de 1889 en relación a la materia que nos ocupa, ya dicha reforma, tal como expone Cano Tello<sup>347</sup>, conllevó entre otras, las siguientes consecuencias:

La desaparición de los curadores ejemplares para bienes y para pleitos, que fueron sustituidos por los tutores<sup>348</sup>.

Se sustrajo el nombramiento de los tutores de la competencia de los órganos judiciales, de forma que a partir de entonces se atribuye al denominado Consejo

---

<sup>345</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo, cit.*, pp. 36 y ss.

<sup>346</sup> Así lo pone de manifiesto CANO TELLO, C. A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo, cit.*, pp. 155- 156.

<sup>347</sup> CANO TELLO, C. A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo, cit.*, p. 156.

<sup>348</sup> *Vid.* art. 199 C.C., que en la misma línea que nuestras actuales leyes procesales, señala que: “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.”

de Familia<sup>349</sup> cuando tal nombramiento no hubiese sido realizado por disposición testamentaria ni existiera persona llamada por la ley a ocupar el cargo vacante<sup>350</sup>.

Al hilo de esta cuestión y aunque en este apartado no estamos analizando la regulación que efectúa el Código Civil, sí consideramos apropiado realizar alguna mención, aunque de forma escueta, a determinados preceptos del Código Civil de 1889 (arts. 204, 231, 239, 247 a 251, 255, 268 y 269 a 276), en la medida en que contemplan ciertas reglas más propias del aspectos procesales que estrictamente de Derecho material, preceptos referidos unos, al propio procedimiento de incapacidad y otros a la intervención del Consejo de Familia.

Así, pasaron a ser competencia del Consejo de Familia una serie de cuestiones:

- la decisión sobre la remoción del tutor (art. 239 C.C.),
- las excusas (arts. 247 a 251 C.c.),
- la fijación de la cuantía y calificación de la fianza (art. 255 C.C.)
- la pensión alimenticia del menor o incapacitado (art. 268 C.C.)
- la retribución del tutor (art. 276 C.C.)
- la decisión sobre la concesión o no al tutor de autorización para realizar ciertos actos (art. 269 a 274 C.C.), lo que supuso, en definitiva, la sustitución de la anterior tutela de autoridad por una tutela de familia.

---

<sup>349</sup> Influencia de su inspiración en el *Code* de Napoleón de 1804.

<sup>350</sup> A tenor del anterior art. 204 C.C. (actualmente derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero): “*Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pueden ser determinantes para la incapacidad.*”. Y de conformidad con el art. 231 C.C.: “*El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.*”

De esta L.E.C. de 1881, actualmente permanecían expresamente en vigor (en virtud de la disposición derogatoria única 1. 1<sup>a</sup> de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) determinados los preceptos que regulan la Jurisdicción Voluntaria en tanto no se hubiera promulgado una Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, circunstancia que ya se ha producido en la actualidad mediante la publicación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (B.O.E. número 158, de 3 de julio de 2015), que dentro de su Título II denominado *De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas*, principalmente en su Capítulo IV titulado *De la tutela, la curatela y la guarda de hecho*, y que comprende los arts. 43 a 52, se ocupa de regular las instituciones tutelares o de guarda, aunque no son los únicos preceptos de su articulado que se encargarán de efectuar algún tipo de regulación de las instituciones de guarda.

A este respecto, es cierto que se había recuperado con motivo del Proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria que si bien fue aprobado por el gobierno el 20 de julio de 2007, dicho Proyecto, que se ocupaba de regular, entre otras cuestiones la autorización judicial de los ingresos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos<sup>351</sup>, fue definitivamente abandonado en octubre de 2007.

---

<sup>351</sup> Al hilo de esta cuestión, FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A., “La jurisdicción voluntaria en el marco del Estado constitucional de derecho”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLVII, Separata (Madrid 2007) pp. 601-655, pp. 608 y ss., quien pone de manifiesto que, en la discusión de dicho Proyecto, por el representante del CERMI, Comité español de representantes de personas con discapacidad, se resaltó el carácter garantista del procedimiento previsto y la exigencia de dos millones de personas en España a las que afecta algún tipo de enfermedad mental, así como la necesidad de no obligar a muchas de estas personas que se encuentran en situaciones angustiosas a acudir

Sin embargo posteriormente se retomó la tramitación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y esta cuestión en la actualidad ha sido ya solventada, por cuanto ha sido aprobada la nueva regulación en esta materia, mediante la reciente publicación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, tal como ya hemos indicado.

Una de las cuestiones que esta nueva Ley de Jurisdicción voluntaria ha introducido, entre otras cuestiones, ha sido el cambio de denominación para referirse a las personas incapacitadas judicialmente, término que abandona y lo sustituye por otro quizá más suave en cuanto a su nomenclatura, ya que actualmente pasan a denominarse “*personas con capacidad modificada judicialmente*”, si bien en definitiva, las principales características del procedimiento y especialmente las consecuencias del mismo se siguen conservando, ya que esta Ley de Jurisdicción voluntaria hace se vuelva primordialmente, respecto a la cuestión que a nosotros nos ocupa, en la regulación de todas cuestiones que afectan al nombramiento de la figuras asistenciales una vez ya haya tenido lugar el correspondiente pronunciamiento por el que se determine la capacidad judicialmente modificada, aunque a ello nos referiremos con mayor detalle en el tercer capítulo de nuestro trabajo.

---

a una incapacitación legal para poder garantizar la continuidad de un tratamiento, que consideran no sólo excesivo sino estigmatizante.





### **III. DERECHO CIVIL ACTUAL**

---



### **III. 1.- ANTECEDENTES**

#### **III. 1. 1.- El Proyecto de Código Civil de 1821**

El Proyecto de Código Civil de 1821, en su Título III, Libro II dedica seis capítulos a la tutela y la curatela, y aunque tiene ciertas influencias del derecho francés, mantiene la estructura de Las Partidas. En este Proyecto, se restringe el ámbito temporal de vigencia de la curatela del menor, aunque no desaparece, ya que el huérfano mayor de veinte años necesita de la asistencia del curador hasta los veinticinco<sup>352</sup>.

En palabras de Baró Pazos<sup>353</sup>, el Título que el Proyecto de Código Civil destina a la regulación de la tutela, que comprende los capítulos I al XIII, en sus 111 arts. toma como modelo, por no afirmar que transcribe literalmente los trece capítulos del Proyecto de Cambrónero quien a su vez se sirvió del articulado redactado por Nicolás María Granell y la comisión parlamentaria de 1821, aunque haciendo mayores concesiones a nuestro derecho histórico (fundamentalmente a Las Partidas) y al romano que al derecho francés del *Code*, siendo muestra de ello la supresión del Consejo de Familia, así como la nítida distinción entre la tutela y la curaduría. El Proyecto gozaba de definiciones precisas en su articulado.

---

<sup>352</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema*, cit., p. 48.

<sup>353</sup> BARÓ PAZOS, J. *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)* (Santander 1992) pp.76-77.

La tutela se definía como el encargo de cuidar y proteger las personas y los bienes de los célibes menores de veinte años, huérfanos de padre y madre; la tutela se difiere a persona o personas nombradas por disposición de los padres o por disposición de la ley.

El Proyecto igualmente admite la figura del curador especial, nombrado *ad hoc* por la autoridad judicial para la defensa y cuidado de los bienes del huérfano, vinculados a determinados negocios, no pudiendo intervenir en aquéllos para los que no hubiere sido especialmente habilitado.

La curatela se define como el encargo de proteger y cuidar los bienes y aún las personas, en su caso, de los mayores de veinte años huérfanos, y de los mayores de veinticinco libres de la potestad paterna, cuando unos y otros se hallen incapacitados de administrar sus cosas por algún impedimento físico o moral; se consideran incapaces a los locos, mentecatos y los disipados o pródigos, declarados como tales por la competente autoridad judicial, correspondiendo su guarda a la mujer, y en su defecto o por renuncia, a los hijos mayores de veinticinco años, a los padres, abuelos y demás parientes (arts. 394 a 401 del Proyecto)<sup>354</sup>.

### **III. 1. 2.- El Proyecto de Código Civil de 1851**

El sistema instaurado por el Derecho romano se mantiene en nuestro Derecho prácticamente durante siglos, incluso en los proyectos de Código Civil de 1821 y 1836, y comienza a cambiar con el proyecto de Código Civil de 1851, por la

---

<sup>354</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema*, cit., pp. 49-50.

influencia en el mismo del *Code Français*. El Proyecto de Código Civil de 1851 en su art. 278 establecía el nombramiento de curador para la persona mayor de edad que fuera incapaz de administrar sus bienes por sí mismo; mientras que, el art. 279 de dicho Proyecto establecía las causas de incapacidad con sometimiento a la figura de la curatela<sup>355</sup>.

De hecho el mentado art. 279 se fijaba quiénes eran incapaces de administrar sus bienes, estableciéndose que son: el loco o demente, el sordomudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo y el que está sufriendo interdicción civil.

---

<sup>355</sup> Así lo menciona GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P, en *El proceso de incapacidad por enfermedades*, cit., pp. 19 y ss., donde señala que el art. 279 del Proyecto, recoge como supuestos de incapacidad protegidos por la curatela los de: “*El loco o demente, aunque tenga intervalos lúcidos, el sordomudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo, y el que está sufriendo interdicción civil*”. Pone igualmente de manifiesto que tales causas de incapacidad serán reproducidas en parte por los arts. 32 y 200 del Código Civil de 1889, aunque en lugar de someter a quienes se encuentren tales supuestos a la figura de la curatela, los somete a la tutela. El art. 32 del C.C. de 1889, en su redacción original establecía que: “*La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas. La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero*”. Sin embargo hay que tener en cuenta que el segundo de sus párrafos fue posteriormente suprimido. En lo que respecta a la redacción original del art. 200 CC de 1889: “*Están sujetos a tutela: 1.º Los menores de edad no emancipados legalmente. 2.º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir. 3.º Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos. 4.º Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil*”.

Ya en su art. 280 apunta ya la existencia de un procedimiento de incapacitación al establecer que puede pedirse la declaración de incapacidad por el cónyuge o por todos los parientes del incapaz.

Continúa señalando en su artículo señalando en su art. 281 que el Ministerio Fiscal deberá pedir la declaración de incapacidad del loco que se halle en estado de furor, y podrá pedirla en los otros casos de locura o demencia, si el loco no tiene parientes o cónyuge, o si teniéndolos, no la pidieren.

En su art. 282 habla expresamente de los juicios sobre declaración de incapacidad, de los que señala que entenderá el Tribunal de Primera Instancia, interrogando al demandado y oyendo a los facultativos, cuando lo estime necesario; pero deberá oír siempre al Consejo de Familia, y en su caso al de tutela formados según las reglas establecidas en los capítulos 6º y 12º, título 8º de este libro.

En el mismo precepto establece que el demandante o demandantes no podrán formar parte del Consejo de Familia; pero demandando el cónyuge o los hijos, serán oídos en él, si así lo quisieren, o si el consejo lo estima conveniente.

Se contempla el nombramiento de un administrador o curador interino en cualquier estado de las diligencias que podrá ser nombrado por el Tribunal, en caso de considerarlo de utilidad (art. 283).

En su art. 284 establece que en los juicios sobre incapacidad promovidos por particulares contra los locos o dementes y sordomudos, el Ministerio Fiscal es su defensor nato.

El art. 285, contempla la posibilidad de una declaración parcial de incapacidad, al decir que *“en la sentencia, podrá el Tribunal, según los casos y circunstancias, declarar la interdicción absoluta del incapaz o prohibirle únicamente ciertos actos, como litigar, tomar prestado, recibir capitales impuestos a interés, transigir, enajenar u otros que se han de mencionar expresamente en la misma”*.

De conformidad con su art. 286 en la sentencia se ha de expresar también si para el otorgamiento de los actos exceptuados, será necesaria la autorización del Consejo de Familia, o la del Tribunal, o el consentimiento de un consultor; y en este último caso la sentencia contendrá su nombramiento.

La sentencia que se dicte a este respecto podrá ser recurrida mediante el Recurso de apelación, y en ese caso, tal como contempla el art. 287 podrá el Tribunal de apelación proceder a las diligencias expresadas en el art. 282 y usar de la facultad expresada en el 285.

La ejecutoria que recaiga se insertará en las tablas de anuncios del Tribunal; se publicará en el papel oficial del Gobierno, y se inscribirá en el registro público de los derechos reales (art. 288).

Se establece que todos los actos de administración posteriores y contrarios a la ejecutoria, son nulos de derecho (art. 289.1).

Aunque se efectúa alguna salvedad al respecto, en la medida en que los anteriores podrán ser anulados, cuando la causa de la interdicción existía notoriamente en la época de su otorgamiento (art. 289.2).

Dicho Proyecto, según García-Lubén Barthe<sup>356</sup>, contenía arts. relativos a la solicitud de incapacidad, a la demanda y al correspondiente procedimiento judicial. Y aunque no se realice mención expresa que para considerar a una persona incapaz sea necesaria una sentencia judicial, tal necesidad se deducía del contenido de su articulado. Tras dictarse dicha sentencia todos los actos que realizara el declarado incapaz carecían de validez alguna, con independencia de que los mismos fueran realizados en algún período lúcido, a diferencia con lo que ocurría en el derecho justiniano en el que tenían validez los actos del *furiosus* realizados durante un intervalo lúcido. Dicho Proyecto también contemplaba determinados supuestos en los que se podía declarar por el juez la nulidad de actos realizados por quien siendo enfermo mental aún no hubiere sido declarado incapaz, para aquellos supuestos en los que la locura ya era notoria con anterioridad a la declaración de la sentencia de incapacitación. También resulta imprescindible para poner fin a la incapacitación una nueva declaración judicial obtenida con las mismas garantías y formalidades que se requerían para su establecimiento<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup> GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P, *El proceso de incapacitación por enfermedades*, cit., p. 20.

<sup>357</sup> GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P, *El proceso de incapacitación por enfermedades*, cit., p. 20., quien recoge el contenido de los arts. 289. 2, 290 y 308 de dicho Proyecto. Así, el art. 289, párr. 2º establece que “*Los actos anteriores a la ejecutoria, podrán ser anulados cuando la causa de interdicción existía notoriamente en la época del otorgamiento*”. El art. 290 establecía “*Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos por causa de demencia o locura, a menos que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de intentada la demanda de incapacidad*”. Su art. 309 establecía que “*cesando las causas que hicieron necesaria la*



En este Proyecto la tutela se reservaba para los menores huérfanos de padre y madre, cuyo ejercicio se realizaba por un tutor único. Las actividades del tutor y curador estarán bajo la vigilancia del Consejo de Familia, además de, en el caso de los tutores, por los protutores, y en el caso de los curadores a través de un curador adjunto (que tendrá las mismas facultades y obligaciones que el protutor) nombrado por el Consejo de Familia<sup>358</sup>.

Tal y como señala Cabrera Mercado<sup>359</sup>, este Proyecto aunque no llegó nunca a estar vigente, el Proyecto de Código Civil de 1851 sí que – por primera vez en España y con clara influencia del Code francés- contiene una serie de normas concretas que prevén cómo actuar en caso de estimar oportuna la declaración de incapacidad de una determinada persona. Se trata de un procedimiento contradictorio ordinario en donde-, quizá de una forma rudimentaria y genérica- se establece la iniciación del proceso, la intervención de las partes, del Promotor Fiscal, la actuación del Juez, el desarrollo, la sentencia y los medios de impugnación a la misma.

### **III. 1. 3.- El Proyecto de Código Civil de 1869**

Este Proyecto que sigue casi con integridad la regulación de las instituciones que realizaba el Proyecto de Código Civil de 1851, fue retirado al publicarse las Leyes

---

*curaduría cesa también ésta, pero deberá preceder declaración judicial que levante la interdicción observándose en ella las mismás formalidades que para establecerla”.*

<sup>358</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema, cit.*, pp. 54-55.

<sup>359</sup> CABRERA MERCADO, R., “El proceso de incapacitación” en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Escuela Consejo General del Poder Judicial. Director: Pedro González Poveda y José Marcos Picón Martín. (Madrid 1999), pp. 209-229, p. 210.

del matrimonio civil y del Registro Civil, que eran las principales novedades que contenía<sup>360</sup>.

### **III. 2.- EL VIGENTE CÓDIGO CIVIL DE 1889**

#### **III. 2. 1.- Incapacitación: concepto**

La regulación de nuestro Derecho civil común, la encontramos en el Código Civil de 1889, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (C.C.). Nuestro ordenamiento jurídico civil, que había venido siendo de clara tradición romanista, tal como señala PALOMINO DÍEZ<sup>361</sup>, con la promulgación del C.C. se aparta de nuestro Derecho histórico e intenta seguir además de otros Códigos europeos, las directrices del Código de Napoleón de 1804, reproduciendo prácticamente la regulación que el mismo realizaba de la institución tutelar, circunstancia que se percibe por el marcado carácter familiar de esta normativa del Código.

La regulación actual de la incapacidad y tutela aparece contenida en los arts. 199 y siguientes de nuestro Código Civil. El art. 199 C.C. (según redacción dada por la el art. 1 de Ley 13/1983, de 24 de octubre), se expresa en los siguientes términos *“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”*, y es en su art. su art. 200 donde establece como causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias

---

<sup>360</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema*, cit., p. 56.

<sup>361</sup> PALOMINO DÍEZ, I. “La organización de la tutela como tutela de familia o tutela de autoridad: un dilema histórico”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios 2008, en la página web: <http://nuevomundo.revues.org/index23013.html>. (visionado en marzo 2015).

persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

En nuestro sistema jurídico actual se establece la necesidad de la incapacidad con carácter previo al nombramiento de tutor o curador, mientras que en la regulación anterior, el mecanismo funcionaba de modo inverso, es decir, primero se regulaba la figura de la tutela<sup>362</sup>, para posteriormente ocuparse de la incapacidad que en la normativa anterior aparecía regulado en el art. 213 C.C.

Ahora bien, muy discutido ha sido determinar cuáles son las características de enfermedad mental que impliquen la posibilidad de una declaración previa de incapacidad. Las opciones que contempló el legislador fueron diversas, ya que, mientras existían quienes eran partidarios de concretar qué debía entenderse como enfermedad mental, estableciéndose en ese caso un elenco tasado de enfermedades mentales fuera de las cuales no cabría plantear la posibilidad de incapacitar a una persona, finalmente se optó por un sistema más amplio y generalista que diera cabida a otro tipo de enfermedades mentales que si bien en un principio es posible que no estuvieran previstas, sí podrían incardinarse como causa para declarar la incapacidad de alguien, siempre claro está, sujeto al criterio médico, que es quien en definitiva será capaz de precisar aquél que padeciendo

---

<sup>362</sup> Actualmente también regulada por los arts. 44 a 51 de la Ley 25/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (B.O.E. de 3 de julio de 2015 y corrección de errores B.O.E. de 2 de septiembre de 2015). Si bien en este punto vamos a limitarnos a mencionarlos escuetamente. Así, el art. 44 delimita el ámbito de aplicación de la tutela y la curatela; el art. 45 se ocupa de la regulación de su tramitación, resolución y recurso; el art. 46 regula la prestación de fianza, aceptación y posesión del cargo; el art. 47 se ocupa de regular la formación de inventario; el art. 48 de la retribución del cargo; el art. 49 de la remoción; el art. 50 de las excusas; y el art. 51 de la rendición de cuentas.

una determinada enfermedad mental es incapaz de autogobernarse por sí mismo<sup>363</sup>.

Hay que tener en cuenta que jurídicamente, incapacidad y discapacidad no son conceptos idénticos. La Convención sobre los Derechos Humanos de la Personas con Discapacidad, aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor en el España el 3 de mayo de 2008, en su art. 1 define las personas con discapacidad como aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás. En la normativa española su regulación la encontramos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la norma tributaria con esta finalidad, que se promulgó en desarrollo del mandato constitucional del art. 49 C.E.

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

---

<sup>363</sup> En este sentido se pronuncia GARCÍA-LUBEN BARTHE, P. en *El proceso de incapacitación por enfermedades*, cit., pp. 101 y ss. , pp. 113 y ss., quien refiere que hoy en día todas las enfermedades y deficiencias mentales pueden dar lugar a incapacitación; y PÉREZ ALGAR, F., en “La incapacitación”, en *Estudios sobre la incapacitación e instituciones tutelares* (Madrid 1984) 73-109, pp. 78 y ss., que sostiene que para determinar, cuáles son las distintas enfermedades podría adoptarse un camino análogo al seguido por el Tribunal Constitucional para definir el contenido esencial. En definitiva, sería la especialización científica la que determinaría concretamente todo ese elenco de los que ha de llamarse enfermedad mental.

Ahora bien, el significado de los conceptos discapacidad e incapacitación si bien no son idénticos, tampoco resultan incompatibles<sup>364</sup>. Debe acudirse a la disposición adicional cuarta del C.C., añadida por el art. 13 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de 2003, según la cual “*la referencia que a personas con discapacidad se realiza en los arts. 756, 822 y 1.041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 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*”. En la Exposición de Motivos de dicha Ley consta que en la medida en que hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores, y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse, donde igualmente se expresa que la mencionada Ley tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de la personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial, con la finalidad primordial de regular la masa patrimonial de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona

---

<sup>364</sup> Vid. NOGUERA NEBOT, T., Ponencia “La Ley 41/2003 de protección a las personas con discapacidad y la sustitución fideicomisaria”, expuesta en el *Congreso Internacional de Derecho de Familia*, junio 2005 (EDB 2005/89758).

con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Se precisa también que, beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 del Código Civil y de que, concurriendo dichas causas, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas.

Para responder a los numerosos problemas que se plantean ante realidades palmarias, cada día más frecuentes, cuál es el deterioro que se produce en las personas con pérdida cognitiva generada como consecuencia de enfermedades como el Alzheimer y otras patologías afines, propias del aumento del número de personas mayores en las sociedades contemporáneas, en aras a proteger a nuestros mayores vulnerables de ciertos abusos de que puedan ser objeto, GÓMEZ GARZÁS<sup>365</sup> se muestra partidario de establecer la necesidad de una evaluación neuropsicológica previa para poder realizar determinados actos jurídicos – donaciones, testamentos, matrimonio...– a partir de una edad en la que se sospecha puede existir un deterioro cognitivo –85 ó 90 años–. Para ello no debemos olvidar el carácter tuitivo que tendría dicha medida, y que preside todas

---

<sup>365</sup> *Vid.* GÓMEZ GARZÁS, J., “Las enfermedades que cursan con deterioro cognitivo y sus efectos e incidencia en la esfera patrimonial de la persona”, ponencia impartida en el seno de las *Jornadas nacionales sobre protección jurídica contra la violencia de género*, celebradas en la Universidad de A Coruña los días 19 y 20 de julio de 2005, bajo la dirección del Profesor. Dr. PÉREZ CRUZ MARTÍN, coordinadas por el Profesor. Dr. BUSTO LAGO (EDB 2005/328730).

las instituciones relativas a incapacidades –se trataría de una medida de justicia preventiva, con objeto de evitar situaciones de instrumentalización del anciano con deterioro–.

Entre otros factores, muy probablemente esta situación deriva de un desconcierto legislativo sobre los conceptos de discapacidad e incapacidad judicial<sup>366</sup>. El concepto de discapacidad en el ámbito civil<sup>367</sup> hay que buscarlo, tal como ya hemos señalado, en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad a la que remite la disposición adicional cuarta del C.C –que ha sido modificada precisamente por dicha ley - cuando dispone que, la referencia que se realiza en los arts. 756, 822 y 1.041 a personas con discapacidad debe entenderse realizada al concepto definido en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del C.C., de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad; sin embargo, y a pesar del avance que dicha normativa ha propiciado en la defensa de los intereses patrimoniales presentes y futuros del discapacitado<sup>368</sup>, sólo la incapacidad judicial o la incapacitación es un

---

<sup>366</sup> Así lo pone de manifiesto CORDERO CUTILLAS, I., “Discapacidad e incapacidad judicial en el Derecho civil ¿conceptos sinónimos?, en *CEF Legal* 55-56 (agosto-septiembre 2005) pp. 3-44, p. 7.

<sup>367</sup> Dejamos a salvo el ámbito laboral y de la Seguridad Social.

<sup>368</sup> A este respecto, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., quien en *Incapacidad y Mandato*, (Madrid 2008) pp., 88-89, señala que no se trata, en ningún caso de que la declaración de discapacidad, en el ámbito de dicha Ley 41/2003, altere la presunción general de capacidad de la persona, poniendo de relieve que se trata de una declaración administrativa que certifica un cierto grado de discapacidad, servirá como medio ordinario y no privilegiado de prueba más, -siempre que se inste el procedimiento de incapacitación-, que por sí sólo no debe llevar a alterar la presunción general de

estado civil de la persona física que afecta a la capacidad de obrar y sólo ésta es la que permite activar a las instituciones de guarda clásicas, esto es, la tutela y la curatela<sup>369</sup>. Por tanto, quizá no sería aventurado propiciar en el ordenamiento jurídico-civil el reconocimiento de una incapacidad de obrar de hecho sin necesidad de la previa incapacitación judicial siguiendo el ejemplo, entre otras, de la ley alemana en el sentido de configurar un sistema de guarda de mínimos, sin duda, con la finalidad de mantener un nivel máximo de autodeterminación y de autonomía privada al tiempo que se presta asistencia. Todo ello sin perjuicio de la necesaria incapacitación judicial en los supuestos recogidos en la norma para evitar actos nulos o anulables<sup>370</sup>.

---

capacidad, sobre todo cuando se trate de enfermedades mentales o de patologías que afecten a personas mayores, con independencia de su graduación, no implican una situación lineal al tratarse de dolencias que presentan cambios de intensidad.

<sup>369</sup> Aunque si tenemos en cuenta el art. 52 de la Ley 25/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, relativo a la guarda de hecho, contempla la posibilidad de establecer responsabilidades del guardador de hecho, tanto de la persona con capacidad modificada judicialmente, como de la que pudiera estarlo, siendo este último inciso en el que quizá podríamos vislumbrar la posibilidad de nombramiento de tutor o curador sin existir una declaración previa de incapacidad, especialmente si tenemos en cuenta el art. 44 de la misma Ley según el cual “*Se aplicará lo dispuesto en esta Sección para la constitución de la tutela y de la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona*”.

<sup>370</sup> En esta misma línea, *vid.* Arts. 56, 57, 58. 1, 58. 3 y 59 Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, que establecen que: Artículo 56. “*Ámbito de aplicación. 1. Se aplicarán las normas de este Capítulo a los expedientes que tengan por objeto alguna de las actuaciones judiciales previstas en el Capítulo I de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y, en concreto, para: a) La constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad o aprobación de las aportaciones al mismo cuando sus progenitores, tutor o curador se negaren injustificadamente a prestar el consentimiento o asentimiento a ello. b) El nombramiento de su administrador cuando no se pudiera realizar conforme al título de constitución. c) El establecimiento de exenciones a la exigencia de obtener*



La regulación inmediata a la actual se establecía en los arts. 199 a 214 del Código Civil, si bien la mayor parte de tal articulado fue derogado con la entrada en vigor

---

*por el administrador de la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros, que se refieran a los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. d) La sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza que sea necesaria tras la constitución del patrimonio protegido”; Artículo 57. “Competencia, legitimación y postulación. 1. Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia de la persona con discapacidad. 2. Para promover los expedientes regulados en este Capítulo únicamente está legitimado el Ministerio Fiscal, quien actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, debiendo ser oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido. 3. Los interesados no precisarán de Abogado ni Procurador para intervenir en el expediente”; Artículo 58. “Solicitud, tramitación y resolución del expediente. 1. El expediente se iniciará mediante solicitud por escrito del Ministerio Fiscal en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación de la persona con discapacidad, de sus representantes o su curador, según proceda y de los demás interesados en el asunto, así como el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y los hechos y demás alegaciones que procedan...3. El Juez dictará la resolución en interés de la persona con discapacidad. Si la resolución estableciera la constitución del patrimonio protegido de una persona con discapacidad, aquella deberá contener, al menos, el inventario de los bienes y derechos que inicialmente lo constituyan; las reglas de su administración y, en su caso, de fiscalización, así como los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización...”;*

Por su parte, el art. 59 ubicado dentro del Capítulo VII que lleva por rúbrica “*Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente*” establece el “*Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación. 1. Se aplicarán las disposiciones de este Capítulo para la obtención de autorización judicial del consentimiento a las intromisiones legítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente. 2. Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. 3. Para promover este expediente está legitimado el representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, sin que sea preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador*”.

de la vigente L.E.C., ya que de estos arts. únicamente permanecen en vigor los arts. 199 a 201 C.C.

En nuestro ordenamiento civil común, al mayor se le presume *iuris tantum* la capacidad de obrar plena, esto significa que sólo se puede incapacitar a través de sentencia judicial<sup>371</sup> que declare la incapacidad cuando una enfermedad o una deficiencia física o psíquica impide que la persona ejercite por sí misma sus derechos. La doctrina del Tribunal Supremo es clara al respecto, al señalar que: *“la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa”*<sup>372</sup>. En este sentido, el art. 200 del C.C. literalmente dice: *“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*. Por tanto, son básicas la persistencia y la imposibilidad de autogobierno. Si estas son las premisas que nuestro alto tribunal tiene en cuenta a la hora de determinar o no la incapacidad de determinado sujeto, nos podemos encontrar con toda una serie de personas con discapacidad no incapacitable que también necesitan asistencia y protección<sup>373</sup>. Desafortunadamente, para estas

---

<sup>371</sup> El art. 199 del C.C declara que *“nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial, en virtud de las causas establecidas por la ley”*.

<sup>372</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2005 (TOL 759.112).

<sup>373</sup> Se realizó un análisis estadístico por DELGADO BUENO, S., - RUIZ DE LA CUESTA, J.M<sup>a</sup>., *“Aspectos Médicos-legales del internamiento y de la incapacitación”*, en *Los discapacitados y su protección jurídica. Estudios de Derecho Judicial* (Madrid 1999) 23-103, pp. 70 ss., en el que los autores concluyen que el supuesto de retraso mental en sus distintos grados (grave, moderado y leve) es admitido por la jurisprudencia como causa de incapacitación total o parcial en atención a la gravedad, ello demuestra que la

personas, no hay, en principio, antes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, posible asistencia dado que el vínculo entre incapacidad y tutela en general es tan estrecho que sin la primera no se “ejecuta” la segunda.

Mediante la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, se han intentado paliar, en parte, los problemas de quienes se hallan en situación de especial vulnerabilidad por la que requieren la ayuda de terceras personas para la realización de sus actividades cotidianas, de forma que puedan alcanzar un mayor nivel de autonomía personal y el pleno ejercicio de sus derechos de ciudadanía. Esta ley, tal como establece su art. 1 tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de dichos derechos, estableciendo para ello un sistema de colaboración entre distintas Administraciones Públicas, General del Estado y Autonómicas. El art. 2 de dicha ley define la dependencia como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para

---

jurisprudencia hace depender la incapacitación no tanto de la enfermedad que padece el presunto incapaz, sino a los efectos que proporciona su patología. En este sentido, y siguiendo a SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)* (Valencia 2000) p. 111, el juez limita la incapacitación a los ámbitos a los que realmente afecta la deficiencia o la patología y en los que la necesidad de protección es evidente, no obstante, los retrasos mentales leves, por ejemplo, pueden no proporcionar una sentencia de incapacitación, ni siquiera parcial.

su autonomía personal. Dicho concepto debe diferenciarse del de las personas con discapacidad que son aquellas que tienen limitaciones para realizar determinadas actividades, sin que ello implique que todas ellas necesiten ayuda de otra persona para desenvolverse en la vida diaria.

Aunque el art. 199 C.C. parece que opta por un criterio generalista cuando se refiere a “*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico*”, tal y como manifiesta Huertas Martín<sup>374</sup>, tampoco es menos cierto que la jurisprudencia y los psiquiatras y médicos forenses han ayudado a concretar los criterios a tener en cuenta para declarar incapaz a alguien, y según sostiene Rivero Fernández, es importante que dichas enfermedades o deficiencias no adquieran importancia por sí mismas, sino en relación a la repercusión que produzcan en la persona afectada, así como que estas enfermedades únicamente resultan trascendentes, a los efectos que nos ocupan, cuando impiden o dificultan el autogobierno de la persona, pretendiéndose con la incapacitación siempre el interés de la persona y no de terceros.

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

Merece mencionarse el supuesto de la toxicomanía grave (entre las que deben incluirse el alcoholismo y la drogadicción), que, según Huertas Martín el legislador quiso entender incardinado entre las casusas de incapacitación

---

<sup>374</sup> HUERTAS MARTÍN, I., *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (Aspectos procesales y sustantivos)*, (Granada 2002) p. 87.

contempladas en el art. 200 C.C., siempre que la misma afecte al autogobierno de la persona.

Dicho art. también hace hincapié en la necesidad de la persistencia de la enfermedad, lo que implica que se prevea con un mínimo de justificación, que la causa que motive la incapacidad y sus efectos van a tener una duración prolongada en el tiempo, ya que una situación que se prevea temporal no justifica una declaración de incapacitación. En este sentido, y respecto a los requisitos que deben concurrir para obtener que se declare la incapacidad de una determinada persona, debe tenerse en cuenta que tal como dice la STS de 16 de septiembre de 1999, *“implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse (así, SSTs de 31 de diciembre de 1991 y de 31 de octubre de 1994 ) respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección al presunto incapaz, como trasunto de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial; ésta siempre se deberá apoyar en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, comprobada por la prueba que exige el art. 208 del C. C.<sup>375</sup> y toda aquella que sea precisa y siguiendo siempre un criterio restrictivo; la situación, pues, de inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente*

---

<sup>375</sup> Actualmente derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

*acreditada y correctamente valorada, aplicando el art. 210 C.C.<sup>376</sup> en el sentido de fijar adecuadamente la extensión y límites de la incapacitación<sup>377</sup>.*

Tal como pone de manifiesto Valcarce Ruiz<sup>378</sup>, del contenido de los anteriores arts., se desprende claramente que la incapacitación es el resultado de un

---

<sup>376</sup> Actualmente derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

<sup>377</sup> En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 18 de julio de 2007, nº 297/2007 (EDJ 2007/209811), que se expresa en los siguientes términos: *“además de la prueba de la enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico en que se funda la incapacidad, el art. 200 del Código Civil requiere que tal enfermedad o deficiencia «impida a la persona gobernarse por si misma»; el autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona, o, como dice un autor, «el gobierno de si mismo por si mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial”*. Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado). Tiene declarada la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, que lo determinante es que la enfermedad o deficiencia ha de ser constante, entendida como permanencia hacia el futuro» (STS de 19 de mayo de 1998). Reiterando las SSTS de 19 de febrero de 1996 y de 10 de febrero de 1986 , que *“equivale a permanencia firme con independencia de su mayor o menor intensidad periódica», por lo que tal concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiesten en fases cíclicas. Así pues, las manifestaciones episódicas del padecimiento no impiden que pueda darse a ésta la naturaleza de enfermedad incapacitante siempre y cuando la misma impida al sujeto el gobierno de su persona en cualquiera de aquellos planos antes expuestos”*.

procedimiento necesariamente judicial, que termina por sentencia<sup>379</sup>. Con ello, se rinde tributo a la regla general de la presunción de capacidad, la cual exige prueba concluyente en contrario que acredite, a juicio del Juez o Tribunal, la incapacidad cuya declaración se pretende; y a la vez, se da cumplimiento a las declaraciones contenidas en la Constitución, acerca del “*principio de legalidad*” (art. 9. 3), “*dignidad de la persona*” (art. 10), “*derecho a la libertad*” (art. 17), “*política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*” (art. 49), y “*tutela judicial efectiva*” (art. 24). Es decir, la incapacitación debe fundarse siempre en el beneficio e interés de la persona afectada por la minusvalía, enfermedad o deficiencia.

---

<sup>378</sup> VALCARCE RUIZ, V., “Los procesos de incapacitación y de la reintegración de la capacidad declarada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los juicios declarativos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. [www.valcaceabogdoscom/IncareintegrLEC.pdf](http://www.valcaceabogdoscom/IncareintegrLEC.pdf). (visionado en junio 2015)

<sup>379</sup> A este respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de julio de 2007, nº 369/2007, en su fundamento de derecho primero reproduce los arts. 199 y 200 C.C., señalando que la jurisprudencia ha aclarado que este impedimento al gobierno de la persona por sí misma equivale a la imposibilidad total y completa a dicho gobierno. “*Es decir que como principio general debe reputarse capaz a toda persona, mientras no se demuestre lo contrario por una prueba concluyente (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 mayo 1969, 1 febrero 1956 y 10 febrero 1986) y tal prueba ha de ir destinada a constatar la existencia de enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona para regirse por sí misma, y revelen, en definitiva, la necesidad de poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en los arts. 215, 222 o 287 del Código Civil, puesto que esa y no otra es la finalidad primordial de la incapacitación: la protección de la persona que no se halla en condiciones, físicas o psíquicas, de protegerse a sí misma. Considerando los razonamientos precedentes, ha de concluirse que la prueba en este tipo de procedimientos ha de ser concluyente y ha de destruir el principio general favorable a la presunción de capacidad de las personas*” (EDJ 2007/176008).

Ahora bien, en determinados casos y aún cuando una persona estuviere incapacitada judicialmente, nada impide que pueda otorgarse validez a determinados negocios jurídicos realizados por sí mismo, así ocurre respecto a la prestación del consentimiento para contraer matrimonio, tal como pone de manifiesto la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 17 de enero de 2007 (B.O.E. 47/2007) (EDD 2007/5036), que en su fundamento de derecho cuarto plantea la necesidad de dirimir si, cuando en relación a un contrayente existe una sentencia judicial declarando su incapacidad total y absoluta para regir su persona y bienes, conforme a lo previsto por los arts. 199 y 200 del Código Civil, y, en su virtud, prorrogada la patria potestad de sus padres, esta circunstancia altera la conclusión favorable a la autorización matrimonial.

Dicha resolución pone de manifiesto que, no puede olvidarse que en el matrimonio, como en cualquier otro negocio jurídico, se exige una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, y que la voluntad matrimonial será inexistente si faltan los presupuestos psicológicos de la decisión interna del contrayente, y entre ellos un suficiente ejercicio de su razón.

Para continuar precisando que, la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos de Las Partidas, excluye que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyan por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer válidamente matrimonio.

Igualmente recoge que esta solución, que se fundamenta en la catalogación del derecho al matrimonio entre los derechos humanos y en su protección constitucional (vid. arts. 32 y 53 de la Constitución), se desprende sin duda alguna



de la previsión contenida en el art. 171. 2. 4 del C.C., conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieran sido incapacitados se extingue “*por haber contraído matrimonio el incapacitado*”, de donde resulta a *coherentia* una inexistencia de incompatibilidad forzosa entre capacidad natural para contraer matrimonio e incapacitación judicial del contrayente.

Tal y como recoge la indicada resolución, en consecuencia, hay que concluir que las anomalías o deficiencia psíquicas, aún cuando hayan dado lugar a una incapacitación judicial del sujeto afectado, sólo impiden el matrimonio si imposibilitan el consentimiento matrimonial, lo cual se ha de determinar a través del dictamen médico previsto en el art. 56 párrafo segundo del Código Civil, que se incorporará al expediente.

El art. 201 del mismo cuerpo legal prevé la posibilidad de incapacitar a los menores de edad cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá una vez alcanzada la mayoría de edad.

Según parte de la doctrina, si bien la ley opta aparentemente por una fórmula flexible, en realidad, cabe precisar que esa generalidad ciertamente encierra el exigible rigor, tal como señala Guete-Alonso y Calero<sup>380</sup>, que defiende que no puede hablarse de causas de incapacitación sino tan sólo de una causa de incapacidad, cual es la falta o deficiencia de la capacidad natural que impide el autogobierno de la persona.

Así, la sentencia que declare la incapacidad de una persona delimitará el alcance de dicha incapacidad, y el régimen de tutela aplicable al mismo. A este respecto,

---

<sup>380</sup> Vid. HUERTAS MARTÍN, I., en *El proceso de incapacitación*, cit., p. 84.

el art. 215 del C.C establece que la guarda y protección de la persona o de los bienes de menores o incapacitados se hará a través de la tutela, la curatela o el defensor judicial.

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

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

La prodigalidad es aquella conducta desarreglada de la persona que de modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, ya por la propensión a los gastos inútiles o desproporcionados a su situación económico-social o bien por administrar sus bienes con descuido y ligereza, poniendo con ello en riesgo

injustificado su caudal, en perjuicio de sus familiares más íntimos, cónyuges, descendientes o ascendientes (STS de 25 de marzo de 1942)<sup>381</sup>.

Por tanto, es necesaria la habitualidad de dicha conducta, que la dilapidación que la persona realice de su patrimonio, esté en función de su cuantía, de la innecesariedad de la realización de dichos gastos y que con sus actos ponga en peligro, no sólo su propio patrimonio sino la economía familiar. Ahora bien, en este punto debemos puntualizar que, si bien la anterior regulación que efectuaba el C.C., precisaba quiénes eran los legitimados para solicitar dicha declaración, y de conformidad ella, estaban legitimados únicamente, el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, así como a los representantes legales de cualquiera de ellos y de no solicitarla éstos, el Ministerio Fiscal. Sin embargo, el vigente C.C. guarda silencio a este respecto, y deberá estarse a la regulación prevista para las incapacitaciones en general, sin especificidad al respecto. Ahora bien, la falta de concreción en el articulado del C.C. respecto a quiénes están legitimados para promover la declaración de prodigalidad, no implica que esta parcela quede sin regular, ya que tal como hemos indicado anteriormente, la regulación del procedimiento queda diferido al articulado de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en cuyo precepto 757.5 se establece que la declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en

---

<sup>381</sup> Citada por GUILARTE MARTIN-CALERO, C. en *La curatela en el nuevo sistema, cit.*, p. 178.

situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Y en el caso no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.

De cualquier modo, lo que sí es claro es que la prodigalidad es un mecanismo de defensa al servicio de la familia para que un individuo se coloque en posición de no poder atender las necesidades de la misma.

Sin embargo, la declaración de prodigalidad únicamente podrá darse cuando la conducta del presunto pródigo comprometa de tal manera su patrimonio que el juez constate la existencia de un peligro en la conservación de tal patrimonio y, consecuentemente, la imposibilidad, en un futuro cercano, de hacer frente a sus obligaciones familiares. La declaración de prodigalidad supone la causación por el pródigo de un estado de necesidad familiar o peligro inminente de originarlo<sup>382</sup>.

Así, tal como recoge, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 28 de junio de 2007 (EDJ 2007/201017)<sup>383</sup>, recopilando las notas

---

<sup>382</sup> GUILARTE MARTIN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema*, cit., p. 197.

<sup>383</sup> Además, dicha sentencia recoge que: “*el C.C. no contiene una definición de la prodigalidad, pero sí regula la misma como circunstancia fundada en el interés privado familiar del cónyuge, ascendientes y descendientes, que da lugar al sometimiento a curatela*”. El T.S. en sentencia de 30 de junio de 2004 señala que: “*al ser la capacidad de las personas físicas un atributo de la personalidad, trasunto del principio de la dignidad de la persona, rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: declaración de incapacidad de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art.199 del Código Civil); observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacidad; cumplida demostración de la deficiencia y su alcance, adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites al grado de inidoneidad, pues no debe extenderse más de lo necesario*”. La indicada sentencia también menciona la STS de 31 de diciembre de 1.991 señala que: “*en términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un*

que establece la jurisprudencia para calificar una conducta como incardinable dentro de los parámetros de la prodigalidad menciona como tales las siguientes:

- Se requiere una conducta habitual.
- Dicha conducta ha de ser esencialmente condenable, que exceda de una administración mala o arriesgada.
- La conducta ha de crear un riesgo injustificado para el patrimonio.
- Se requiere que la conducta se realice en perjuicio de su familia más íntima, es decir, en perjuicio de aquellos que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselo, pues la declaración de prodigalidad no se da en beneficio de la sociedad, sino para proteger un interés privado familiar.

Tal como hemos indicado anteriormente, la regulación de los sujetos legimitados para solicitar la declacaración de prodigalidad se traslada al articulado de la vigente L.E.C.. Del mismo modo, la jurisprudencia continúa recogiendo los mismos supuestos fácticos respecto a los requisitos exigidos por la anterior regulación.

---

*impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes”.* Igualmente, menciona respecto a la ludopatía que ha de definirse como aquella conducta de la persona que de modo habitual pone en riesgo injustificado su patrimonio, en perjuicio de su familia más cercana e íntima. Es decir, la conducta desordenada del mismo sólo tiene reflejo en la esfera patrimonial, mediante actos de desembolso económico de carácter desproporcionado con el volumen de patrimonio del mismo y socialmente se consideren reprobables.

### **III. 2. 2.- Figuras jurídico-asistenciales**

De conformidad con lo establecido en el art. 215 C.C. “la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante:

- La tutela.
- La curatela.
- El defensor judicial.

A quienes ejerzan alguna de estas figuras jurídico-asistenciales se les prohíbe recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión; representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses y adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título (art. 221 C.C., según redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre).

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

Por otra parte, en el caso que la persona que en el ejercicio de su función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización

de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento (art. 220 C.C.).

Pasemos a continuación a ocuparnos de estas figuras jurídico-asistenciales.

### **III. 2. 2.1.- La tutela**

De conformidad con el art. 222 C.C. estarán sujetos a tutela:

- Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
- Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.
- Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.
- Los menores que se hallen en situación de desamparo.

La posibilidad de que la persona que, previendo una merma en su capacidad, nombre a quien será su tutor o curador, se inserta en nuestro ordenamiento civil a través de la institución de la “autotutela”, es decir, cuando una persona va perdiendo su capacidad de obrar puede anticipar su voluntad en cuanto a quién debe ser designado como su guardador. Esta posibilidad se introduce en el C.C por la citada Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Esta ley recoge en su Exposición de Motivos una alusión expresa a la autotutela por cuanto la define como *“la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura*

*incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas*". Esta autotutela se regula introduciendo unos cambios mínimos en el Código Civil consistentes en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que consideren oportunas en previsión de su propia incapacitación. De esta suerte, el art. 2 de la ley otorga una nueva redacción a los arts. 223 y 224 del C.C, en particular, el párrafo segundo del art. 223 dispone que *"asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor"*. El párrafo primero del art. 234 pasa a tener la siguiente redacción: *"Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 223"*. Igualmente, como determina la propia Ley 41/2003 en su exposición de motivos, como complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del art. 1.732<sup>384</sup> del C.C, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor.

---

<sup>384</sup> Este art., que recoge las causas de extinción del mandato, dispone *in fine* que: *"El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor"*.



El art. 223 C.C. establece que los padres, salvo cuando hubiesen sido privados de la patria potestad (art. 226 C.C.) podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. En la medida en que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor, no se trata este supuesto más que de la figura de la autotutela, recogida por gran parte de los ordenamientos jurídicos más cercanos. Ahora bien, los documentos públicos a los que se refiere el presente art. se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

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

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

Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela (art. 230 C.C.) y estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán

responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 229 C.C.).

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

Tal como pone de manifiesto Leonseguí Guillot<sup>385</sup> de los términos del art. 223.2 C.C. se deduce que nuestro legislador se ha limitado a regular la autotutela positiva -esto es, la designación de la persona que debe ocupar el cargo de tutor- sin decir nada de la negativa o posibilidad de excluir a determinada persona de dicho cargo, pero en principio nada impide reconocer esta posibilidad y aplicar por analogía la facultad que se reconoce a los padres en el art. 245 C.C. de excluir expresamente de desempeñar el cargo de tutores a las personas que estimen conveniente.

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

---

<sup>385</sup> LEONSEGUI GUILLOT, R. A., “Cuestiones prácticas que plantea la autotutela tras su regulación en el Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, ponencia impartida en el seno de las *Jornadas nacionales sobre protección jurídica contra la violencia de género* celebradas en la Universidad de A Coruña los días 19 y 20 de julio de 2005 bajo la dirección del Prof. Dr. PÉREZ CRUZ MARTÍN, coordinadas por el Prof. Dr. BUSTO LAGO (EDB 2005/331046).

Tal y como hemos indicado con anterioridad, con la tutela se protege el interés del menor o incapacitado, y de conformidad con ello, sólo excepcionalmente, podrá el Juez, y siempre en resolución motivada, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere alterar el orden establecido en el art. 234, párr. 1, o prescindir de todas las personas en él mencionadas.

En defecto de los anteriores, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo (art. 235 C.C.).

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

De conformidad con el art. 239 C.C. la tutela de los menores desamparados<sup>386</sup> corresponde por ley a la entidad a que se refiere el art. 172 C.C. es decir, aquella entidad pública a la que en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores.

Nuestro Código Civil se preocupa por establecer que se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.

Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.

---

<sup>386</sup> En este sentido, de conformidad con el art. 172 C.C., se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el art. 234 C.C. sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. La situación de desamparo es una situación de hecho que se produce cuando a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben con respecto a los menores de conformidad a las leyes, provoquen que éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Ahora bien, tal como pone de manifiesto la RDGN, de 22-6-1996 *“Tal situación de hecho, que exige por parte de los poderes públicos la previa apreciación de que tal desamparo ha tenido lugar, no puede ser asimilada a la tutela propiamente dicha y que como tal debe inscribirse en el Registro Civil, por más que el Art. 172 del Código Civil se refiera a la función protectora ejercida, como tutela asumida por ministerio de la Ley. En efecto, esta situación de protección del menor desamparado es radicalmente distinta a la que surge como consecuencia de un acto expreso de constitución, como es la resolución judicial, que habrá de inscribirse en el Registro Civil, por afectar al estado civil de las personas (cfr. art. 218 C.C.), faltando dicha resolución, por definición, en la tutela legal del art. 172 del Código Civil”*<sup>387</sup>.

---

<sup>387</sup> También señala dicha Resolución que, el Código Civil es terminante al establecer que *“las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil”* (cfr. art. 218 C.C.), esta tutela por ministerio de la Ley debe considerarse supletoria, en defecto de patria potestad, deberá procederse al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, (cfr. art. 239 C.C.), la tutela asumida por las entidades públicas, no es propiamente la tutela ordinaria a la que se refiere el art. 218 del

Nuestro C.C., en sus arts. 243, 244 y 245, regula una serie de supuestos en los que no puede recaer el nombramiento de tutor, en la medida en que dicho nombramiento pudiera resultar perjudicial para el incapacitado. Los supuestos que recoge, básicamente, vienen a referidos a las propias condiciones personales del tutor (estar privado o suspendido por resolución judicial en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación; quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior; haber sido condenado a cualquier pena privativa de libertad, mientras esté cumpliendo la condena, así como los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela; las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho; tener enemistad manifiesta con el menor o incapacitado;

---

Código Civil, sino la consecuencia que, en orden a la protección del menor y por imperio de la ley, se produce cuando existe una situación de desamparo... es la que, "*de facto*", desencadena todo el procedimiento protector, debiendo cesar tan pronto como desaparezca la causa que la motivó. Únicamente la autoridad judicial puede adoptar medidas sobre los menores por lo que a la privación total o parcial de la patria potestad se refiere (cfr. art. 170 C.C.). Si bien puede suspenderse y la suspensión a que hace referencia el art. 172 del Código Civil, se declara el desamparo precisamente porque no se están ejerciendo las obligaciones que la patria potestad conlleva, lo que de hecho conduce a la suspensión, en su ejercicio, pero no en su titularidad, como lo demuestra que no cesan totalmente las facultades de representación sobre el menor desamparado (cfr. art. 172. 1. 3 C.C.). En todo caso los padres han de poder, si la situación de desamparo desapareciera, solicitar el auxilio de la autoridad judicial para recuperar al menor desamparado (cfr. art. 154 C.C.), sin perjuicio de que puedan confiar la guarda del menor a la entidad pública (cfr. art. 172. 2 C.C.). Son estas notas de provisionalidad, la de venir impuesta por la realidad de los hechos más que por un acto de autoridad y la carencia de un mandato legal, las que llevan forzosamente a la conclusión de que no es inscribible la llamada tutela asumida por ministerio de la Ley, y por ende, lo que es causa y al mismo tiempo efecto de esa situación de desamparo, es decir, la suspensión de la patria potestad (EDD 1996/12644).

tratarse de una persona de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida; aquellos que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración, así como los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona), o bien, que dicha limitación o imposibilidad para el desempeño del cargo de tutor venga impuesta por un tercero, como ocurre cuando mediante sus disposiciones testamentarias o notariales el padre o por la madre así lo hubieren dispuesto. Si bien dicha circunstancia puede ser salvada cuando el Juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.

Por otra parte, nuestro Derecho civil actual, como clara muestra de la influencia que arrastra del Derecho romano, concibe la posibilidad de excusarse del cargo de tutor únicamente en los supuestos legalmente establecidos (art. 217 C.C.), no dejando de manera caprichosa y al albur de quien fuere nombrado tutor la decisión de abandonar sus obligaciones de forma unilateral y sin motivación aparente (art. 521 y ss. C.C.). Quien desempeñe el cargo de tutor podrá excusarse en el desempeño de la tutela cuando por razones de enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo. Se permite también que las personas jurídicas puedan excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela. Ahora bien, en este punto y respecto a las dudas que puedan plantearse sobre cuando las personas jurídicas que ostenten la tutela sean Administraciones públicas y si se les

permitirá excusarse, debe hacerse mención, tal como invoca Saura Martínez<sup>388</sup>, a la postura sostenida por Bercovitz en este punto, a quien se le plantean ciertas dudas, y señala al respecto que, aunque comprende que el problema es complicado, defiende que el Juez no debería estimar la excusa en el caso de las Administraciones Públicas, sobre todo si se tiene en cuenta que la tutela no implica necesariamente el acogimiento del tutelado en un establecimiento, sino su guarda y protección (ar. 215 C.C.) bajo la dirección y responsabilidad del tutor, y recuerda que, a diferencia del párrafo 1º del art. 251, en el párrafo 2º, no es relevante que el ejercicio del cargo tutelar resulte excesivamente gravoso.

### **III. 2. 2. 2.- La curatela**

La regulación que realiza nuestro Código Civil de la curatela, se encuentra en sus arts. 286 y 287.

El art. 286 C.C. establece los sujetos para los que se en los que se nombrará curador:

- Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley.
- Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, es decir, los emancipados.
- Los declarados pródigos.

---

<sup>388</sup> SAURA MARTÍNEZ, L. F., *Incapacitación y tutela* (Madrid 1986) p. 72.

En estos casos, el curador prestará asistencia a los menores o pródigos para aquellos actos que no puedan realizar por sí solos (art. 288 C.C.).

Ahora bien, el Código Civil no limita el nombramiento de curador a dichos supuestos, ya que también procederá nombramiento de curador para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento (art. 287 C.C., según redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre). En este caso la curatela tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido (art. 289 C.C.), y cuando en la misma no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial (art. 290 C.C.), es decir, para los supuestos recogidos en el art. 271 C.C.<sup>389</sup>

En los casos en que el sometido hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa (art. 292 C.C.).

---

<sup>389</sup> De conformidad con dicho precepto legal, según la redacción dada por la disposición final 18<sup>a</sup> de la L.O. 1/996, de 15 de enero, el tutor necesita autorización judicial, entre otros supuestos, para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial; para enajenar o gravar bienes inmuebles; para renunciar derechos; para aceptar o repudiar sin beneficio de inventario cualquier herencia, así como para las liberalidades; para realizar gastos extraordinarios en los bienes; para dar y tomar dinero a préstamo; para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, etc.



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

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

### **III. 2. 2. 3.- El defensor judicial**

El nombramiento de defensor judicial está regulado en los arts. 299 a 302 C.C. Su nombramiento<sup>390</sup> se prevé para que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en determinados supuestos: cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador; en el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; y en todos los demás casos previstos en el Código Civil.

De conformidad con el art. 299: *“Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos: 1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de*

---

<sup>390</sup> Actualmente su nombramiento se ha atribuido al Secretario Judicial.

*tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado; 2. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; 3. En todos los demás casos previstos en este Código”.*

El art. 301 establece que serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores.

De los anteriores preceptos mencionados han sido objeto de reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en su disposición final primera, los arts. 299 bis., el 300 y el 302 C.C., que les da una nueva redacción, y vigencia desde el 23 de julio de 2015. Pasemos a continuación a ver su contenido:

Artículo 299 bis: *“Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida”.*

Artículo 300: *“En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo”.*

Artículo 302: *“El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida”*.

### **III. 2. 2. 4.- El guardador de hecho**

Al margen de las anteriores figuras jurídico asistenciales, no podemos dejar de lado el análisis de la guarda de hecho, cuya regulación en nuestro Código Civil, aunque exigua, únicamente le dedica actualmente tres arts. (303, 304 y 306), y de la que no podemos dejar de mencionar algunas notas.

Así, cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Los preceptos que el C.C. conserva ponen de manifiesto el reconocimiento de efectos jurídicos a sus actos al establecer que los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad, y que al mismo le será de aplicación lo dispuesto respecto del tutor en el art. 220 C.C., es decir, podrá solicitar, siempre que hubiese actuado con diligencia, una indemnización por los gastos realizados en el ejercicio de su función con cargo a los bienes del presunto incapaz en los casos en los que no pueda resarcirse de otro modo.

La guarda de hecho también ha sido objeto de regulación en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que en su art. 52 establece que: *“1. A*

*instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos. 2. El juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal”.*

### **III. 3.- EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN EN LA ACTUAL L.E.C.**

Respecto al procedimiento que deberá seguirse para la declaración de la incapacidad de una determinada persona, y que se confirma como un procedimiento contradictorio, actualmente aparece regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el Libro IV, dentro de los procesos especiales, dentro de su Título I<sup>391</sup> que lleva por rúbrica “*De los procesos sobre*

---

<sup>391</sup> En este sentido, MARTÍNEZ MAROTO, A., “La incapacidad”, en *Informes Portal Mayores*, nº 11, (Madrid 2003), donde pone de manifiesto que al tratarse de un procedimiento especial le son de aplicación los principios de investigación de oficio y de oficialidad de la acción. También se debe tener en cuenta que la demanda y la contestación a la demanda tienen que ser por escrito, para lo que hay un plazo de veinte días, y no se hace como procedería en un juicio verbal, en el acto de la vista, en la página web: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/martinez-incapacitacion-01.pdf>. (Visionado febrero 2015).

*capacidad, filiación, matrimonio y menores*”, en su Capítulo II titulado “*De los procesos sobre la capacidad de las personas*” y comprende los arts. 756 al 763 de dicho cuerpo legal.

La competencia para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad corresponderá al Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite (art. 756 L.E.C.)

De conformidad con el art. 757 de la L.E.C. estarán legitimados para promover la declaración de incapacidad al presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz. Del mismo modo, si las personas anteriormente mencionadas no existieran o no la hubieran solicitado, será el Ministerio Fiscal quien deberá promover la incapacidad. Debe tenerse en cuenta que cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacidad, y dicha facultad se tornará en obligación cuando sean las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacidad en una persona. Ahora bien, en el caso de los menores de edad, cuando proceda su incapacidad únicamente podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad.

El procedimiento de incapacidad o de prodigalidad, en el que el presunto incapaz podrá comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, se establece la necesaria intervención del Ministerio Fiscal, que se encargará de la defensa del presunto incapaz, salvo que haya sido él quien haya iniciado el procedimiento (art. 758 L.E.C., modificado por la Ley 13/2009, de 3 de

noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 4 de mayo de 2010). En otro caso al presunto incapaz o pródigo le será designado por el tribunal<sup>392</sup> un defensor judicial, siempre que no estuviere ya nombrado.

Característica primordial en los procesos de incapacitación constituye que el juez oirá a los parientes del presunto incapaz, a las demás personas que el tribunal considere oportuno, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes, estableciendo como requisito imprescindible para decidirse sobre la incapacitación el previo dictamen pericial médico (art. 759 L.E.C.).

El procedimiento de incapacitación o declaración de prodigalidad finalizará por sentencia, en la que se establecerá el alcance y límites de la misma, así como la persona o personas que deben nombrarse como tutor o curador, pronunciándose igualmente el tribunal sobre la procedencia o no del internamiento del incapacitado. En el caso de la declaración de prodigalidad la sentencia deberá determinar los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle (art. 760 L.E.C.).

---

<sup>392</sup> Actualmente, en virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria el nombramiento corresponde al Secretario Judicial, de tal forma que “*El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado*”.

La L.E.C. contempla la posibilidad de la adopción de oficio de las medidas que el tribunal estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio, medidas que podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacidad, siempre previa audiencia de las personas afectadas, y dando traslado al Ministerio Fiscal para que si lo estima conveniente promueva la incapacidad (art. 762 L.E.C.).

En los supuestos en los que las circunstancias lo requieran, por razón de trastorno psíquico, una persona no esté en condiciones de decidir por sí, se podrá acordar su internamiento, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, siendo necesaria con carácter previo, salvo que razones de urgencia lo impidan, autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada. En los casos de urgencia, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente (art. 763 L.E.C.)<sup>393</sup>.

---

<sup>393</sup> Aquí debemos advertir que parte del artículo 763.1 L.E.C. fue declarado inconstitucional en virtud de la STC 132/2010, de 2 de diciembre (BOE nº 274/2011), concretamente se declara inconstitucional, lo siguiente “*El internamiento, por razón de*

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Del mismo modo, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

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

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

---

*trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial... La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”.*



### **III. 4.- LA NUEVA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y SU INCIDENCIA EN LA REGULACIÓN DE LAS INSTITUCIONES TUTELARES ACTUALES**

Con carácter previo a que procedamos a abordar el estudio de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria consideramos oportuno efectuar algunas apreciaciones de carácter general respecto a la jurisdicción voluntaria, cuya conceptualización no ha sido en absoluto pacífica.

En el estudio de la Jurisdicción Voluntaria y en la colaboración en los distintos proyectos de Ley que se han ido elaborando a lo largo de los últimos años podemos afirmar que si existe un nombre destacable es del profesor Fernández de Buján, que ha tenido una profusa y amplia participación activa en aquellos y han sido numerosas las publicaciones que ha elaborado en esta materia y que de hecho, es considerado como el máximo especialista español en la jurisdicción voluntaria<sup>394</sup>.

---

<sup>394</sup> Podemos mencionar algunas de las obras de este autor que nos van a resultar de utilidad en el presente estudio: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (1)”, en *Actualidad civil*, 4 (2001) 1277-1316; “Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (2001) 89-148; “La jurisdicción voluntaria: una reforma legislativa pendiente”, en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, 4 (2002) 537-606; “Jurisdicción voluntaria: interrogantes, problemas y soluciones”, en *Revista General de Derecho romano*, 3 (2004); el mismo autor “Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria”, en *Revista General de Derecho romano*, 3 (2004); *idem*. “La jurisdicción voluntaria: una reforma legislativa pendiente”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 43 (2005) 333-370; *idem* “Reflexiones sobre el

---

anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 13 (2005) 109-132; *idem.* “La reforma de la Jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2 (2005) 1656-1668 y en *Revista General de Derecho romano*, 5 (2005); *idem.* “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 133 (2007) 535-564; *idem.* “Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (I)”, en *Economist & Jurist*, 2444-3166, Vol. 15, 106 (2007) 100-105; *idem.* “Proyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (II)”, en *Economist & Jurist*, Vol. 15, Nº. 107 (2007) 60-68; *idem.* “Teoría general de la jurisdicción voluntaria”, en *Estudios jurídicos*, 2007 (2007); *idem.* “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en España, de octubre de 2006”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 11 (2007); *idem.* “Protección patrimonial de las personas con discapacidad en el derecho español”, en *Estudios de Derecho romano en homenaje al prof. Dr. D. Francisco Samper*, coord. P.I. Carvajal, (Librotecnia 2007), 355-372; *idem.* “La jurisdicción voluntaria: problemas, interrogante, soluciones”, en *Filia. Scritti per Gennaro Franciosi*, coord. F. M. D’ Ippolito, Vol. 2 (Napoli 2007) 793-820; *idem.* “La jurisdicción voluntaria en el marco del Estado constitucional de derecho” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 47 (2009) 601-654; *idem.* “Memoria histórica de la jurisdicción voluntaria”, en *Revista de derecho UNED*, 8 (2011) 127-150; *idem.* “Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en *Revista jurídica del notariado*, 79 (2011) 177-226; *idem.* “La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores”, en *Diario La Ley*, 7866 (2012) y en *Revista General de Derecho romano*, 18 (2012); *idem.* “Reflexiones y propuestas a propósito de la futura ley de jurisdicción voluntaria”, en *Revista de derecho UNED*, 11 (2012) 961-1006; *idem.* “Operadores jurídicos competentes en jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 28 (2013) 53-65; *idem.* “A propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 883 (2014) p. 10; *idem.* “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”, en *Diario La Ley*, 8273 (2014); *idem.* “Misteriosa, heterogénea y fascinante jurisdicción voluntaria”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 890 (2014) p. 2; el mismo autor “La Ley de Jurisdicción Voluntaria, en el umbral de su aprobación”, en *Actualidad jurídica Aranzadi* 908 (2015) p. 4; el mismo autor “La reforma en curso de la jurisdicción voluntaria”, en *Revista Newslet, Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales*, 2 (Marzo 2015) 18-24; *idem.* “Régimen

Respecto al origen de la jurisdicción voluntaria, a decir de Fernández de Buján<sup>395</sup>, la expresión *iurisdictio* voluntaria aparece sólo en el fragmento de Marciano correspondiente a D. 1. 16. 2 pr., y de forma indirecta en D. 1. 16. 2. 1 al aludir a “*talem iurisdictionem*”. En tales textos se hace referencia a manumisiones, emancipaciones y adopciones. Por otra parte, parece probable que la alusión a estos tres supuestos se haga a título ejemplificativo, quizá debido a que eran las actuaciones más frecuentes, por lo que cabría añadir, en principio, a los supuestos mencionados, todos aquellos que requiriesen para su formalización el cumplimiento de una *in iure cessio*, realizada por medio de la tramitación de una *legis actio* sacramento.

Remarca Fernández de Buján<sup>396</sup> al ubicar el origen de la Jurisdicción voluntaria en el texto de Marciano y señala que uno de los aspectos a examinar lo constituye el referente a la clasicidad de la contraposición entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria*, así como el relativo a la utilización del término *iurisdictio voluntaria*, que aparece únicamente en las fuentes romanas en el fragmento de Marciano y que, ha tenido un enorme éxito en los comentaristas y en la legislación posterior, hasta el punto de ser corriente en el lenguaje jurídico moderno.

---

jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria” en *Diario La Ley*, 8496 (2015).

<sup>395</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica, publicado en la Revista General de Derecho romano, ISSN-e1697-3046, núm. 5, Año 2005, y en la página web: <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Docs/Conferencia%20Dr.pdf>

<sup>396</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano* (Madrid 2006) p. 45.

La Jurisdicción voluntaria en Derecho romano era, pacífica, negocial y voluntaria<sup>397</sup>, y de ahí la denominación de Marciano, en la medida en la que las partes acudían de común acuerdo ante el Magistrado y fingían la existencia de un conflicto, que de inmediato se diluía ante el allanamiento que una de las partes realizaba ante la afirmación de la otra, y por medio de esta fórmula procesal se hacía efectiva la transmisión de un derecho de servidumbre, de usufructo, la posición de heredero, un derecho de alimentos entre parientes etc. cuando escribe Marciano el texto de referencia ha desaparecido ya la ficción procesal, que reaparece siglos después en la edad Media, y lo que hace el magistrado es un control de legalidad de la solicitud de quien hubiere promovido el expediente o del acuerdo inter partes, y verificado éste, procede a autorizar, habilitar, constituir o declarar la existencia de un derecho, en una etapa en la que el ejercicio de la jurisdicción es ya un oficio de un contenido amplísimo, que no sólo se identifica con el proceso, como así fue durante siglos, sino que comprende cualquier acto o poder del Magistrado jurisdiccional, conforme parece derivarse de un texto de Ulpiano, contenido en D. 2. 1. 1: «el oficio del magistrado es amplísimo, *ius dicentis officium latissimum est*, así pues, puede proceder al nombramiento de tutor a quien carece de él, poner en posesión de los bienes hereditarios a quien los haya recibido por herencia, ordenar la entrega en posesión de bienes o nombrar jueces a los litigantes».

Una vez realizada estas apreciaciones respecto al origen de la jurisdicción voluntaria nos centraremos en otras cuestiones de mayor actualidad.

---

<sup>397</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción voluntaria*, Revista Derecho UNED, núm. 11, año 2012, p. 696-970.

Los conceptos que se han dado de la jurisdicción voluntaria por la doctrina han sido múltiples. Para Gutiérrez Alviz<sup>398</sup> “*la jurisdicción voluntaria es aquella en la que el magistrado interviene sin litigio o conflicto colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico, y para cuya celebración se finge la existencia de un proceso*”, y que dicho proceso que se caracteriza por las siguientes notas:

- Voluntariedad. La actuación del magistrado se ejerce *inter volentes*, es decir, entre personas que espontánea y voluntariamente, reclaman o solicitan su intervención, y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, y tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución ante el Magistrado, sin que del mismo se derive un perjuicio para los derechos de terceras personas.
- Ausencia de conflicto de intereses entre partes, es decir control de legalidad
- Asesoramiento de las partes. Lo característico de la jurisdicción voluntaria no es, por tanto, la falta de controversia, sino la falta de dos partes adversas.

Para García de Valdeavellano<sup>399</sup>, la atribución a los jueces de facultades que, en principio, no parece que puedan incluirse en el poder de juzgar, pasó del Derecho justiniano a la glosa y de ésta al Derecho común. La práctica la consolidó y tuvo

---

<sup>398</sup> Vid. GARCÍA MÁZ, F.J., *Breves notas al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en relación a la Función notarial*. Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 11/2014, pp. 298ss., en la página web: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

<sup>399</sup> Opinión compartida por García Más, F.J. en *Breves notas al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en relación, cit.*, p. 299.

definitivo acogimiento en la época codificadora a través de las legislaciones civil y procesal.

Ello está en íntima conexión con lo que podamos entender del concepto de jurisdicción o potestad jurisdiccional; En un sentido positivo implica que el monopolio de la misma la tienen los jueces y magistrados y esto descansa en el art. 117. 3 de la C.E.; mientras que, en sentido negativo aparece recogido en el Art 117. 4 de la C.E., cuando establece: “*Los jueces y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente le sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho*”. Según doctrina de Díez Picazo<sup>400</sup>, esas funciones jurisdiccionales han de serles expresamente atribuidas por Ley, y será dentro de ese marco donde puede incardinarse la llamada jurisdicción voluntaria. Se trata, por tanto, de una genuina reserva de ley, que veda excepciones dispuestas por normas reglamentarias y, por supuesto la posibilidad que los órganos judiciales se puedan arrogarse a sí mismos estas atribuciones<sup>401</sup>.

García Más en la misma línea de la postura que invoca de Rodríguez Adrados pone de manifiesto que la L.E.C. de 1881, que iba a ser objeto de modificación (advíertase que actualmente ya ha sido objeto de dicha modificación, puesto que el artículo es anterior a la publicación de la actual Ley de Jurisdicción Voluntaria)

---

<sup>400</sup> Recogida por García Más, F.J. en *Breves notas al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en relación, cit.*, p. 299.

<sup>401</sup> *Vid.* Nota nº 1 García Más, F.J. en *Breves notas al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en relación, cit.*, p. 299, cuyo contenido extrae de: PLANELLS DEL POZO, M. C. en *Jurisdicción Voluntaria en la UINL y su relación con el notario*. AAVV, en VII Congreso Notarial Español. La Justicia Preventiva en el Espacio Jurídico Europeo. Desafíos del Notariado Español. Consejo General del Notariado 2002, pp. 116 y ss.

no hizo otra cosa que seguir en términos generales a la ley de 1855, anterior a la Ley del Notariado de 1862, anterior por tanto a la separación entre la fe pública judicial y la extrajudicial, y no tiene pues nada de particular que las confundiera.

Tanto para Rodríguez Adrados como para García Más<sup>402</sup> la conclusión lógica es la exclusión de tales actos de la Ley de Jurisdicción Voluntaria dejando libre el camino para que se rijan exclusivamente por la legislación notarial, aunque quizás por razones especiales puede sin embargo ser conveniente que se regule un paralelo expediente de jurisdicción voluntaria, pero en todo caso ello no puede suponer la inmisión de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la regulación puramente notarial de tales actos.

Esta posición no es compartida por toda la doctrina.

Una vez expuestas modo introductorio las notas propias de la Jurisdicción Voluntaria a continuación nos vamos a centrar en el análisis de su regulación en nuestro ordenamiento jurídico reciente.

A este respecto en primer lugar hemos de remontarnos a la publicación de nuestra vigente L.E.C., aprobada por la Ley 1/2000, de 7 de enero (B.O.E. de 8 de enero de 2000). Esta Ley en cumplimiento de la previsión avanzada en el apartado V de su Exposición de Motivos de conformidad con la cual, en cuanto a su contenido general la configura excluyendo de su regulación la materia relativa a la

---

<sup>402</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., en *Jurisdicción Civil y Notariado*, en *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, promovidos por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y el Ministerio de Justicia, Tomo II, pp-249-262, (Madrid 2004), invocado por García Más, F.J. en *Breves notas al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en relación, cit.*, p. 299.

jurisdicción voluntaria, y preconiza la conveniencia, como ocurre en otros países, que la regulación de esta materia se efectúe en una ley distinta, plasma dicha previsión en su Disposición Final décimo octava en la que se establece que: “Decimoctava. Proyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria. En el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria.”. Dicho plazo finalizaba, por tanto el 8 de enero del año 2002, y es evidente que dicho plazo se ha incumplido con mucho.

La regulación de la jurisdicción voluntaria en un texto distinto de la ley procesal civil general, por la que se rige la jurisdicción contenciosa, supone en sí misma la primera novedad<sup>403</sup> respecto de la tradición legislativa anterior, conforme a la cual esta materia formaba parte del contenido de los Códigos procesales de 1855 y 1881, así como la opción por el modelo alemán, en el que la actual Ley de Jurisdicción Voluntaria, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, de 1898, aunque con más de treinta reformas parciales, tiene carácter independiente de la restante legislación procesal<sup>404</sup>.

---

<sup>403</sup> Así lo pone de manifiesto FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad en derecho español*, Religión y Cultura, LIII (2007), pp. 835-836, en la página web: [http://www.religionycultura.org/2007/243/RyC243\\_5.pdf](http://www.religionycultura.org/2007/243/RyC243_5.pdf)

<sup>404</sup> Vid. La numerosa doctrina invocada por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., en *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, cit., pp. 836 especialmente en materia de jurisdicción voluntaria: RAMOS MÉNDEZ, F., *La Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio* (Madrid 1978); *idem.*, *Derecho procesal civil*, t. II, (Barcelona 1992), pp. 1289 ss; ALMAGRO, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA Y MORENO CATENA, en *Derecho Procesal Civil*, t. I, v. II, pp. 535-593, y GONZÁLEZ POVEDA, P. *Jurisdicción Voluntaria*, 3.<sup>a</sup> ed., (Pamplona 1997); AA.V.V. *Jurisdicción Voluntaria*, coordinador González Poveda, Consejo General del Poder Judicial, (Madrid 1997). 3 Vid., asimismo



sobre Jurisdicción voluntaria en Derecho romano y en Derecho Procesal vigente: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria en Derecho romano*, Estudios Homenaje a A. D'Ors, vol. I, (Pamplona 1987) pp. 427-457; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano "Iurisdictio voluntaria", en D. 1.16.2. pr., Estudios Homenaje a Juan Iglesias (Madrid 1987), pp. 197-215; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano* (Madrid 1999), prólogo de M. Amelotti; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "A propósito de la competencia en materia de iurisdictio voluntaria en Derecho romano", en Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N., t. XXVIII, pp. 95-134; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria 2001. La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000*, Derecho y Opinión, (Córdoba 2000) pp. 329-342; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Civitas (Madrid 2001); *idem.*, "Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro", en Anuario de Derecho de la U.A.M., v. 3, 2001, pp. 89-149; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria", en Revista del Colegio de Abogados de Lugo (Lugo 2001), pp. 22-24; *idem.*, "Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa", en Actualidad Civil, n.º 36, 2001, pp. 1277-1306; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "Jurisdicción voluntaria: sanción constitucional", n.º 37, en Actualidad Civil 2001, pp. 1317-1341; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "A propósito del futuro Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria", en Revista del Colegio de Abogados de Lugo (Lugo 2001, 2002) pp. 1822; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias*, Libro Homenaje a Sánchez Mera, (Madrid 2002), pp. 1997-2036; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente*, Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, v. IV, 2002, pp. 537-606; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria*, Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro", en Derecho de los Negocios, n.º 163, 2004, pp. 5-15; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.ID., "Jurisdicción Voluntaria: Historia (I)", Tribuna Pública, Mercados, en Voz de Galicia, 12-09-2004; *idem.*, "Problemas (II)", Tribuna Pública, Mercados, en Voz de Galicia, 1709-2004; *idem.*, "Interrogantes (III)", Tribuna Pública,

La Ley Procesal Civil de 1855, como ya vimos al analizar dicho texto en el capítulo anterior de nuestro trabajo, se dividía en dos libros, el primero de ellos dedicado a la Jurisdicción Contenciosa, y el segundo a la Jurisdicción Voluntaria. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se estructuraba en tres libros. En el primero se contenía la materia relativa a las “*Disposiciones Comunes*” a la Jurisdicción Contenciosa y a la Voluntaria, el segundo llevaba por rúbrica “*De la Jurisdicción contenciosa*”, y el tercero denominado “*Jurisdicción voluntaria*”.

Por tanto, mientras no tuviera lugar la aprobación de una ley de jurisdicción voluntaria, tal como ponía de manifiesto Fernández de Buján<sup>405</sup>, lo que suponía optar por el modelo alemán, según el cual se regula esta materia en un texto distinto de la ley procesal civil general, continuaría vigente, con determinadas excepciones, la regulación contenida en el libro III de la L.E.C. de 1881, relativa a la jurisdicción voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación y a la

---

Mercados, en *Voz de Galicia*, 26-09-2004; *idem.*, “*Soluciones (IV)*”, *Tribuna Pública*, Mercados, en *Voz de Galicia*, 3-10-2004; *idem.*, *Jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y futuro*, Estudios Homenaje Manuel Albaladejo, t. I, 2004, pp. 1655-1691; *ID.*, *La hora de la Jurisdicción Voluntaria*, Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo, 2005, pp. 1901-1921; *idem.*, *La reforma de la Jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*, *La Ley 23 de marzo de 2005*, pp.1-9; *idem.*, “*Jurisdicción Voluntaria*”, en *ABC*, 21-5-2005; *idem.*, “*La reforma de la jurisdicción voluntaria*”, *Otrosí*, en *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, septiembre de 2005, (Madrid 2005), pp.16-19; *idem.*, *Los profesionales del derecho y la jurisdicción voluntaria*, Ponencia General presentada en el XVII Congreso Nacional de Profesores de Derecho romano de la República Argentina, General Roca, La Patagonia, octubre de 2005; *idem.*, *Hacia una Teoría General de la Jurisprudencia*, JUSTEL, (Madrid 2007).

<sup>405</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (Madrid 2001) pp. 90ss.

declaración de herederos *ab intestato*, en los casos en los que no exista contienda judicial, conforme se establece en la disposición derogatoria única, apartados 1.º y 2.º, de la nueva L.E.C.<sup>406</sup>.

Debe ponerse igualmente de manifiesto que tal y como se ocupa de remarcar Fernández de Buján<sup>407</sup>, si bien la mayor parte de los supuestos de jurisdicción voluntaria judicial se contienen en el libro III de la LEC, la mayor parte de los actos de jurisdicción voluntaria judicial, y la mayor parte de los correspondientes a la, según su consideración, impropriamente denominada, jurisdicción voluntaria no judicial, se regulan en textos legislativos diversos, entre los que cabe citar, el Código Civil, el Código de Comercio, la Legislación Hipotecaria, La Ley y el Reglamento del Registro Civil, La Ley del contrato de seguro, La Ley de Propiedad Intelectual, La Ley sobre autorización judicial en materia de extracción de órganos, La Ley en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la Ley en materia de tutela y curatela, la Ley en materia de acogimiento, guarda y custodia de menores y adopción, y la Ley Cambiaria y del

---

<sup>406</sup> Para FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. resulta patente la influencia de la legislación alemana en la española, especialmente en la regulación de determinadas materias, y se manifiesta de forma singular en el marco de la Constitución Española, al haber constituido la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución alemana, nuestro principal modelo constitucional. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta*, cit., p. 90.

<sup>407</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*. Revista de derecho, Año 5, nº. 9, 2006, p. 87, Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Montevideo el día 11 de Octubre del año 2005 (Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo), y en la página web: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Fernandez-de-Bujan-La-reforma-de-la-jurisdiccion-voluntaria-Problemas-interrogantes-soluciones.pdf>

Cheque, la Ley sobre sustracción de menores y la Ley sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que está prevista la intervención de oficio del juez y del fiscal son aquellos que afectan a menores, incapacitados o desvalidos, en estrecha relación con los preceptos constitucionales (arts. 9. 2 y 53. 3 C.E.) referidos al Estado social, o bien a la condición y estado civil de las personas, o a intereses jurídico-públicos, generales o sociales<sup>408</sup>.

La nueva ley de jurisdicción voluntaria estaba llamada a recoger los nuevos avances de la ciencia procesal, que habían constituido uno de los motivos centrales de la L.E.C. de 2000<sup>409</sup>, no debía, por tanto, desdeñar las enseñanzas de la experiencia histórica en materia tan arraigada en las legislaciones de los distintos países europeos, en los que la expresión y la regulación de la jurisdicción voluntaria ha tenido enorme fortuna, desde que se recoge por primera vez, en un fragmento del Corpus Iuris Justiniano y, a través de los glosadores e intérpretes medievales, pasa al Derecho común y llega a los Códigos modernos. La doctrina procesalista ha caracterizado la regulación contenida en los 323 arts. correspondientes al libro III de la LEC de 1881, en líneas generales, como caótica, dispersa y anacrónica, especialmente en materia de actos de comercio, lo que según Fernández de Buján habría que referirlo no tanto a los principios informadores, cuanto a los supuestos que constituyen el objeto regulado.

---

<sup>408</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, cit.*, p. 90.

<sup>409</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta, cit.*, p. 90.

En el ámbito jurídico, como afirma Muñoz Rojas<sup>410</sup>, es tan necesaria la jurisdicción voluntaria como la jurisdicción contenciosa: cada una de ellas tiene su respectivo campo de aplicación y no son intercambiables. Si está justificada en nuestro ordenamiento la reforma de las leyes procesales, la misma o mayor justificación tiene la depuración, actualización o mejora de los expedientes de jurisdicción voluntaria adaptados a la reforma de las leyes sustantivas, sin perjuicio de la ley básica de dichos procedimientos.

Ciertamente, tal y como ha puesto de manifiesto Fernández de Buján<sup>411</sup>, constituye un tema polémico en la actual doctrina europea, la determinación de cuál sea el concepto, la naturaleza jurídica, la función, y el contenido de la denominada jurisdicción voluntaria. En relación con la misma se han mantenido las más diversas posiciones, y ha sido analizada desde los más contrapuestos puntos de vista, sin que se haya llegado a una orientación mayoritaria entre los estudiosos, lo que ha hecho afirmar a algún autor que “*la jurisdicción voluntaria es un tema por todos repudiado y sin sede científica propia*”. Desde posiciones opuestas, se ha considerado a la jurisdicción voluntaria como una actividad jurisdiccional y se ha sostenido su naturaleza administrativa. Desde una óptica conciliadora e intermedia, se ha mantenido su consideración como actividad sustancialmente administrativa desarrollada bajo formas jurisdiccionales y se ha

---

<sup>410</sup> MUÑOZ ROJAS, T., “Sobre la Jurisdicción voluntaria”, *Actualidad Civil*, 1989, núm. 39, semana 22, 1990, pp. 577-585, Doctrina recogida por Fernández de Buján en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta, cit.*, p. 90.

<sup>411</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta, cit.*, pp. 91-92.

afirmado, asimismo, que la jurisdicción voluntaria se encuadraría en una zona limítrofe entre la función jurisdiccional y la función administrativa. Se ha propugnado, también por parte de la doctrina, su individualización como categoría o actividad autónoma –como “*tertium genus*” entre administración y jurisdicción–, caracterizada por la circunstancia de actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados. Incluso se ha llegado a afirmar, en la doctrina italiana, que la expresión jurisdicción voluntaria tiene hoy un valor sólo convencional y que no cabe hablar, en relación con los actos que se encuentran dentro de la misma, ni de jurisdicción ni de voluntariedad.

Escaso éxito y no pocas críticas ha suscitado sin embargo, en la doctrina de sus propios países la sustitución de la expresión jurisdicción voluntaria<sup>412</sup>, consagrada por la tradición y la experiencia histórica, por otras como la italiana “*Procedimenti in camera di consiglio*”, la francesa “*Jurisdiction gracieuse*”, o la austriaca “*Gerichtsbarkeit in Geschäften ausser Streitsachen*”, es decir, jurisdicción en asuntos no contenciosos, si bien en la doctrina francesa e italiana y en la propia legislación, se continúa utilizando las expresiones “*Jurisdiction volontaire*” y “*Giurisdizione volontaria*”. En todo caso, la disparidad de criterios y la heterogeneidad de los supuestos integrados en la institución ha llevado a

---

<sup>412</sup> A decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., en *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta*, cit., pp. 91-92, si bien existen diversos autores que se muestran en contra de la denominación de jurisdicción voluntaria, hace referencia a uno de ellos a modo de ejemplo, concretamente a ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., en *Estudios de Teoría General e Historia del proceso (1945-1972)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1974, t. 1, pp. 115 y ss.

algún autor a manifestar que se trata de uno de los más atormentados problemas de la ciencia jurídica europea<sup>413</sup>.

En aras al cumplimiento del mandato legislativo contenido en la mentada Disposición Final Decimoctava de la L.E.C. 1/2000, se produce un primer paso importante<sup>414</sup> en el cumplimiento del ese mandato legislativo pendiente en diciembre del año 2002, al ponerse en marcha la maquinaria legislativa con la constitución, en el seno de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, que a lo largo de casi tres años de trabajo, elaboró una propuesta normativa integrada por 306 arts. y 10 disposiciones complementarias, que asumida como Propuesta de Anteproyecto por el Ministerio de Justicia, es publicada en su Boletín Informativo en octubre del año 2005. La ponderada propuesta de Anteproyecto gozó, de forma manifiesta, de una positiva acogida en la comunidad científica y por parte de los operadores jurídicos afectados, Jueces, Secretarios Judiciales, Notarios, Registradores, Abogados y Procuradores de los Tribunales.

A partir de este primer paso relevante del incipiente legislador, la propuesta de Anteproyecto de la Ponencia fue sometida a una revisión interna en el Ministerio de Justicia, fruto de la cual fue el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, aprobado en Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006. Con posterioridad, el 20

---

<sup>413</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta*, cit., pp. 91-92.

<sup>414</sup> Así lo expone nítidamente FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios*, publicado en “El notario del siglo XXI”, página web: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/1211-jurisdiccion-voluntaria-rectificar-es-de-sabios-0-1960601603575611>.

de octubre de ese mismo año, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria que, revistió de carácter administrativo el procedimiento judicial en cuanto a la terminología y el contenido, y estableció una artificiosa equiparación, entre procedimientos de diferente naturaleza, como son el judicial y el administrativo notarial y registral, lo que se materializó en la supresión de la contradicción, de los recursos y de la asistencia técnica en los procedimientos judiciales. Posteriormente esta concepción fue corregida en trámite de enmiendas en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, que procedió a la recuperación de las connotaciones jurisdiccionales del procedimiento judicial de JV, y a una distinta regulación de los procedimientos judicial y administrativo de JV, en atención a su diferente naturaleza jurídica, y a las reglas de funcionamiento y principios informadores propios de su conformación en el Ordenamiento Jurídico<sup>415</sup>.

---

<sup>415</sup> *Vid.* También FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma de la jurisdicción voluntaria y la atención a las situaciones de incapacidad, dependencia y vulnerabilidad”, en *La defensa jurídica de las personas vulnerables*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto 2007. Pamplona, 2008, pp. 409-444, donde estudia y efectúa un análisis crítico y pormenorizado del Proyecto de Ley, analizando los específicos supuestos de desjudicialización de determinados asuntos y redistribución de competencias en estas materias, atribuyéndolas a Notarios, Registradores de la Propiedad, vuelve a poner de manifiesto como ya hiciera en otras publicaciones anteriormente mencionadas, la inicial administrativización de determinados procedimientos que en un principio contenía el Proyecto de Ley y que posteriormente fue rectificado a través de las distintas enmiendas, y realizando mención, por ejemplo, que resulta sorprendente que en la definición legal de la Jurisdicción Voluntaria, contenida en el art. 1. 2 se hubiera suprimido la referencia a la posibilidad de que el procedimiento se incoara de oficio, en contra de lo previsto en el art. 1.811 de la L.E.C. de 1881, en el Texto de octubre de 2005 y de lo establecido en diversos procedimientos específicos



El 27 de junio de 2007<sup>416</sup>, fue aprobado en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Dentro de las propuestas a tener en cuenta en relación con el texto normativo aprobado el 27 de junio Fernández Buján considera que determinados incluidos en la L.E.C. bien pudieran ser objeto de regulación en la por entonces futura Ley de Jurisdicción voluntaria, en atención a su naturaleza voluntaria, y así lo estima en determinadas cuestiones que afectan al sector de la discapacidad, haciéndose eco de las necesidades que se trasladan desde el CERMI, Comité español de representantes de personas con discapacidad, al recoger y ofrecer algunas de las propuestas realizadas por el CERMI, tales como:

- Se articule el procedimiento de Jurisdicción voluntaria previsto en el art. 156 del código Penal, relativo a la autorización judicial de la persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica;
- Se regule la autorización judicial para imponer tratamiento médico forzoso a los enfermos psíquicos y
- Se valore la conveniencia de que la autorización judicial para el internamiento de personas que padecen trastornos psíquicos, se tramite a través de un procedimiento de Jurisdicción voluntaria.

De estas tres propuestas del CERMI, la segunda de ellas había sido ya asumida en una Proposición de ley presentada por convergencia y unió en 2005 y articulada

---

como la tutela, la adopción o el acogimiento. Poniendo de manifiesto que incluso en alguno de los procedimientos, como el de protección del patrimonio de las personas con discapacidad, sólo puede ser instada su incoación por el Ministerio Fiscal, etc.

<sup>416</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Reflexiones y propuestas a propósito de la futura ley...*, *cit.*, pp. 993-994.

como procedimiento específico en el Proyecto de ley, quedó sin efecto al aprobarse una enmienda de supresión del capítulo por el que se había procedido a su regulación.

Ahora bien, en opinión de Fernández de Buján<sup>417</sup>, la intervención de los representantes del CERMI en la comisión, así como la posición favorable de varios portavoces y comparecientes, con especial referencia por su significación en este procedimiento, del Fiscal Jefe de la sala Primera del T.S., deberían ser objeto de una nueva valoración. Las consideraciones, al efecto, atinentes a que se trata de una alternativa, en muchas ocasiones, a una incapacitación, o a un internamiento no voluntario, considera que no han sido suficientemente desvirtuadas por los argumentos en sentido contrario. En definitiva, se trata de que un acto sanitario como es el tratamiento o el periodo de observación de una persona que no tiene conciencia clara de su enfermedad, pero no hasta el punto de requerir una incapacitación o un internamiento, se articule en un procedimiento con todas las garantías. El problema no está resuelto y los afectados están de acuerdo en la conveniencia y urgencia de la medida. Quizás la ausencia de los preceptivos dictámenes del consejo Fiscal y del consejo General del Poder Judicial, sí hubieran debido considerar una objeción relevante a la articulación del procedimiento en el texto de referencia.

La tercera de las propuestas, tal como puso de manifiesto Fernández de Buján, constituía un claro reflejo del carácter variable y fluido entre ambas esferas de la legislación, manifestado en instituciones como los alimentos provisionales, la

---

<sup>417</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Reflexiones y propuestas a propósito de la futura ley, cit.*, p. 993.

incapacitación por locura o el internamiento de personas con trastornos psíquicos que se tramitaron por medio de procedimientos de Jurisdicción voluntaria antes de pasar a la esfera contenciosa. En el supuesto del internamiento, el trasvase se materializó con su inclusión en la L.E.C. 2000. Ahora bien, configurado el procedimiento de jurisdicción voluntaria con todas las garantías propias de la tutela judicial efectiva, establecida su efectiva aplicación a supuestos en que estén en juego intereses de menores e incapaces, hasta el límite incluso de no proceder al trasvase de la esterilización de persona incapacitada al marco de la Jurisdicción contenciosa, con mayor razón debería considerarse de naturaleza voluntaria el internamiento, lo que redundaría por otra parte en una mayor armonización del sistema.

El 24 de julio de 2007, el texto legislativo, entró en el Senado, y finalmente, el 24 de octubre de 2007, el Gobierno procedió a retirar el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria<sup>418</sup>.

A consecuencia de ello continuaban estando vigentes, conforme se establece en la disposición derogatoria única, apartados 1 y 2 de la nueva LEC, la regulación contenida en el libro III de la LEC 1881, relativa a la Jurisdicción Voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación y a la declaración de herederos *ab intestato*, así como las otras normas dispersas a las que hemos hecho referencia que se ocupan de regular instituciones propias de la jurisdicción voluntaria.

---

<sup>418</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria: rectificar, cit.*

Tras el abandono definitivo del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en octubre de 2007, encontramos un tramo de silencio de tramitación legislativa en esta materia.

De hecho, no es hasta el año 2012, cuando por Orden del Ministerio de Justicia de 20 de abril de 2012 cuando se constituye la Comisión General de Codificación. Sección especial para “La regulación de la Jurisdicción Voluntaria y la actualización de la Legislación Procesal Civil. Dicha Comisión elabora una Propuesta de Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria que es presentada el 1 de diciembre de 2012 al Ministerio de Justicia por la Sección especial constituida. Dicho Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria es aprobado por el Consejo de Ministros el 31 de octubre de 2013.

La mencionada propuesta, publicada por el Ministerio en el año 2013, estaba integrada por una Exposición de Motivos que constaba de diez apartados, 129 arts. distribuidos en ocho títulos, cuatro disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales.

El Anteproyecto de Ley de JV (Jurisdicción Voluntaria) de 31 de octubre de 2013, está basado en el texto elaborado por la Sección Especial, si bien introduce algunas novedades que, en general, considera Fernández de Buján<sup>419</sup>, suponen una mejora del texto que le sirve de referencia. Está integrado por una exposición de motivos, que consta de doce apartados, 130 arts. distribuidos en ocho títulos, y

---

<sup>419</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013*, Diario La Ley, nº 8273, Sección Doctrina, 18 Mar. 2014. La Ley 1199/2014, p. 1-2 y en la página web: [http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin59/Arts.\\_59/Fernandez-Bujan.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin59/Arts._59/Fernandez-Bujan.pdf)

catorce disposiciones complementarias, de las cuales tres son adicionales, una transitoria, una derogatoria y nueve finales<sup>420</sup>.

El contenido de los ocho títulos del Anteproyecto se correspondía con las siguientes materias: Título preliminar: disposiciones generales. I) De las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria. II) De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas. III) De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia. IV) De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho sucesorio V) De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de obligaciones. VI) Conciliación y VII) De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia mercantil.

En el marco del Estado constitucional de derecho, la reforma de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante JV) es una de las piezas que quedaba todavía por encajar en el organigrama de la Administración de Justicia, dado que el legislador de la Ley Procesal Civil, ha optado, en lo que constituye la primera novedad respecto de las leyes procesales anteriores, por regular la jurisdicción voluntaria, en una ley específica, siguiendo también en este punto el modelo constitucional alemán, en el que la actual Ley de Jurisdicción Voluntaria, como ya hemos mencionado con anterioridad, tiene carácter independiente de la restante legislación procesal<sup>421</sup>.

---

<sup>420</sup>[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa\\_P/1288774452773/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html)

<sup>421</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre*, cit., p. 1.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del 2000 (LEC 2000), por la que se rige la jurisdicción contenciosa en los procesos civiles, establece en su Disp. final 18 que: “*En el plazo de un año, a contar de la fecha de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria*”<sup>422</sup>. Tal como pone de relieve Fernández de Buján<sup>423</sup>, la reforma de la JV había sido, por otra parte, una de las materias previstas en el Pacto de Estado por la Justicia, suscrito por los partidos políticos mayoritarios, en el año 2001.

Fernández de Buján<sup>424</sup> destaca que conviene señalar, por otra parte, que si bien un amplio número de los supuestos de jurisdicción voluntaria judicial se contienen en el Libro III de la LEC, otros muchos en los que está prevista la intervención del juez o se incluyen en el marco de la denominada jurisdicción voluntaria notarial o

---

<sup>422</sup> En la misma línea *vid.* también: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción Voluntaria*, Civitas 2000; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “*Los principios informadores de la Jurisdicción Voluntaria: una propuesta de futuro*”, en Anuario de Derecho de la UAM, vol. 3, (Madrid 2001), pp. 89 a 149; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “*La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente*”, Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, vol. IV, (Madrid 2002), pp. 537 a 606; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La Jurisdicción Voluntaria: racionalización y redistribución de competencias*. Libro Homenaje a Sánchez Mera. (Madrid 2002), pp. 1997 a 2036; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «*La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*», en Actualidad Civil, núm. 36, 2001, pp. 1277 a 1306, y núm. 37, pp. 1317 a 1341. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «*La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*», en Diario LA LEY, de 23 de marzo de 2005.

<sup>423</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre*, *cit.*, p. 2.

<sup>424</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre*, *cit.*, p. 2.

registral, recordemos que se regulan en textos legislativos diversos, tales como el C.C., el C.Com., la legislación hipotecaria, o la Ley y el Reglamento del Registro Civil. De hecho entre dichos textos en los que se regulan actos de jurisdicción voluntaria cabría citar, entre otros, las siguientes disposiciones legislativas: Ley 30/1979, de 27 de diciembre, en materia de trasplantes de órganos; Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre Contrato de Seguro, a propósito de nombramiento de tercer perito; Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre nulidad, separación y divorcio; Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, en relación con los menores; Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela y curatela; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de acogimiento y adopción; Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor; Ley de la Generalitat de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, reguladora del Código de Familia, en materia de idoneidad para la adopción; Ley 9/2000, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores y Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad, etc.

Tal y como pone de manifiesto Fernández de Buján<sup>425</sup>, la Jurisdicción Voluntaria ha ido evolucionando de forma progresiva, de forma que, parte de su originaria conformación histórica, básicamente negocial, incardinada en el marco del ejercicio pacífico de derechos, y alcanza hasta su actual perfil de tutela de

---

<sup>425</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre*, cit., p. 11 y en el mismo sentido FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma en curso de la Jurisdicción Voluntaria*, publicado en Newslet, núm. 2, marzo 2015, pp. 20-22.

intereses públicos y sociales, en los que se ven afectados intereses de menores, personas con capacidad judicial modificada, ausentes, personas con discapacidad, vulnerables o desamparadas, así como supuestos de conflictos de intereses de baja intensidad o relevancia menor, que se producen en la mayoría de los expedientes de derecho de personas y de familia, que el legislador no requiere que se sustancien en el marco de un proceso, sino en el de la tutela simplificada de la Jurisdicción Voluntaria, que cumple, en estos casos, las funciones de un procedimiento sumario contradictorio o juicio rápido en el ámbito civil.

La regulación de la Jurisdicción Voluntaria afecta a numerosas instituciones en estrecha conexión con la vida diaria de los ciudadanos, en las que están en juego derechos e intereses de gran relevancia en el ámbito personal y patrimonial de las personas, así: la tutela, la curatela, la guarda de hecho, el acogimiento, la adopción, la habilitación para comparecer en juicio, la intromisión en el honor, la propia imagen o la intimidad personal o familiar de menores o personas con la capacidad judicial complementada, el traslado o la retención ilícita de menores en supuestos de restitución de menores en el ámbito internacional, la protección del patrimonio de personas con discapacidad, la declaración de ausencia, la concesión judicial de la emancipación o el beneficio de la mayoría de edad, la extracción y trasplante de órganos de donantes vivos, la celebración de matrimonio, la separación y divorcio consensual si no hubiere menores ni personas con la capacidad judicial modificada, las discordancias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, los conflictos entre los cónyuges, o personas ligadas por análoga relación de afectividad, en el seno de la comunidad conyugal, la conciliación, o la declaración de herederos sin testamento, por citar sólo



algunos de los cerca de 200 procedimientos específicos de JV previstos en la legislación<sup>426</sup>.

En la medida en que afecta a toda esa serie de cuestiones Fernández de Buján<sup>427</sup> pone de manifiesto una de las posibles críticas (y a las que nos sumamos plenamente) a efectuar al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 1 de agosto de 2014, ya que se configura la no preceptividad de la asistencia técnica de abogado y la representación procesal de procurador, salvo casos puntuales, en el procedimiento judicial, lo que no parece justificado en atención a que se ven afectados derechos indisponibles, la trascendencia económica de los intereses en juego, la necesidad de razonar con criterios de lógica jurídica, la utilidad o conveniencia de adoptar una u otra toma de postura, la proposición o práctica de todo tipo de pruebas, las propias tensiones que generan las controversias en el ejercicio de la patria potestad, las divergencias relativas a la administración de los bienes de menores o incapacitados, o en la administración de bienes gananciales en el seno de la comunidad conyugal. En el sentido mencionado se han pronunciado el CGPJ y el CF, en sus Informes preceptivos.

En la medida en que los abogados y los procuradores siempre han servido para reforzar la posición de los justiciables en cualquier procedimiento judicial, garantizar el reconocimiento de sus derechos en régimen de igualdad, y coadyuvar en la defensa de sus intereses, es por lo que su intervención resulta, con carácter general, necesaria en el logro de la tutela judicial efectiva. La percepción de los

---

<sup>426</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma en curso de la Jurisdicción*, cit., p. 20.

<sup>427</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma en curso de la Jurisdicción*, cit., p. 22 y FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre*, cit., p. 11.

ciudadanos y de los operadores jurídicos que intervienen en el curso de procedimientos complejos en los que no se exige la presencia de abogado y procurador, suele consistir en una merma considerable de agilidad en la tramitación y de operatividad en el propio órgano judicial.

Otra de las características del mentado Proyecto de Ley es que la posición de los Secretarios Judiciales<sup>428</sup> se ha visto relegada por la entrada en juego de otros profesionales como son los notarios y los Registradores de la Propiedad, lo que ha sido objeto de crítica por diferentes autores que abogan por potenciar la figura del Secretario Judicial en los procedimientos de Jurisdicción voluntaria<sup>429</sup>.

En tanto no se aprobara una Ley de Jurisdicción Voluntaria, continuaba vigente, con determinadas excepciones, conforme se establece en la disposición derogatoria única, apartados 1 y 2 de la nueva LEC, la regulación contenida en el Libro III de la LEC 1881, relativa a la jurisdicción voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación y a la declaración de herederos *ab intestato*.

Finalmente, tras un arduo recorrido de tramitación tiene lugar la aprobación del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y en fecha 3 de julio de 2015 se

---

<sup>428</sup> Actualmente denominados “Letrados de la Administración de Justicia”.

<sup>429</sup> En este sentido *vid.*: LUDEÑA BENÍTEZ, O.D., *Razones para una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria. Análisis de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto y el Anteproyecto de 2013*, 16/10/2014, en la página web: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/Arts.-doctrinales/4935-razones-para-una-nueva-ley-de-jurisdiccion-voluntaria-analisis-de-la-exposicion-de-motivos-de-la-propuesta-de-anteproyecto-y-el-anteproyecto-de-2013/>; en un línea similar, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma en curso de la Jurisdicción...*, *cit.*, p. 21; y LARA, R. *Luces y sombras de la Jurisdicción Voluntaria*, 17 de julio de 2015, en la página web: [http://www.lawyerpress.com/news/2015\\_07/1707\\_15\\_007.html](http://www.lawyerpress.com/news/2015_07/1707_15_007.html); (Visionado en agosto 2015).

publica en el B.O.E (núm. 158, 2015) la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

El texto definitivo se estructura de la siguiente manera: Preámbulo (dividido en XIII apartados); Título Preliminar. *Disposiciones generales* (arts. 1 a 8); Título I. *De las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria*. Dividido en dos Capítulos (arts. 9 a 22); Título II. *De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas*. Consta de X capítulos (arts. 23 a 80); Título III. *De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia*. Dividido en 3 capítulos (arts. 81 a 90); Título IV. *De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho sucesorio*. Dividido en 3 capítulos (arts. 91 a 95); Título V. *De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho de obligaciones*. Consta de dos capítulos (arts. 96 a 99); Título VI. *De los expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a los derechos reales*. Consta de dos capítulos (arts. 100 a 107); Título VII. *De los expedientes de subastas voluntarias*. (arts. 108 a 111); Título VIII. *De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia mercantil*. Consta de 9 capítulos (arts. 112 a 148); Seis Disposiciones Adicionales; Cinco Disposiciones Transitorias; una Disposición Derogatoria única y dieciséis Disposiciones Finales.

Esta Ley se ha elaborado al mismo tiempo que otras reformas, afectando a las mismas normas, así como las leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, que darán una nueva regulación, entre otras cuestiones, al acogimiento y adopción de menores, lo que obliga a coordinar el contenido de estas leyes. También se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva

York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente<sup>430</sup>.

El texto definitivo del apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley, pone de manifiesto que la distribución de los asuntos entre los distintos profesionales (Jueces, Secretarios Judiciales, Notarios,...) se ha realizado siguiendo criterios de racionalidad, buscando desde el primer momento el máximo consenso con los colectivos implicados, con voluntad de permanencia en el tiempo, adaptándose a la actual realidad social, plenamente garantista en la realización de los derechos e intereses de los afectados, a fin de dar respuesta, también en esta parcela del ordenamiento, al desafío de una Justicia más moderna y eficaz. El objetivo trazado en el plan inicial era asignar cada materia a aquel operador jurídico a quien, por su cercanía material o por garantizar una respuesta más pronta al ciudadano, era aconsejable que se hiciera cargo de su conocimiento; o a aquél a quien, en virtud de la naturaleza del interés o del derecho en juego, le fuera constitucionalmente exigible encargarse de la tramitación de dicha materia. Sin

---

<sup>430</sup> *Vid.* Apartado III Exposición de Motivos de la Ley 15/2015; y comentarios al respecto en BENAYAS REDONDO. M.A., *Análisis de la nueva ley de Jurisdicción voluntaria y del nuevo procedimiento de conciliación*, en la página web: <http://www.economistjurist.es/Art.-derecho-civil-penal-mercantil-laboral-fiscal-procesal-publico-privado-administrativo-internacional/analisis-de-la-nueva-ley-de-jurisdiccion-voluntaria-y-del-nuevo-procedimiento-de-conciliacion/>; y GUERRA PÉREZ, M., *¡Aprobada la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria!*, Director de Sepín Proceso Civil, 3 de julio de 2015, en <http://blog.sepin.es/2015/07/aprobada-la-nueva-ley-de-jurisdiccion-voluntaria/>; (Visionado en agosto de 2015).

embargo, finalmente se ha optado, con carácter general, por la alternatividad entre diferentes profesionales en determinadas materias específicas que se desgajan de la órbita de la Autoridad Judicial. Se establecen competencias compartidas entre Secretarios judiciales, Notarios o Registradores, lo que es posible atendiendo a que son funcionarios públicos y a las funciones que desempeñan: los Secretarios judiciales y Notarios son titulares de la fe pública judicial o extrajudicial, y los Registradores tienen un conocimiento directo y especializado en el ámbito del derecho de propiedad y en el mercantil, en concreto en sociedades. La facultad que con ello tienen los ciudadanos de acudir a diferentes profesionales en materias que tradicionalmente quedaban reservadas al ámbito judicial, sólo puede interpretarse como una ampliación de los medios que esta Ley pone a su disposición para garantizar sus derechos. Constituye una garantía para el ciudadano, que ve optimizada la atención que se le presta, al poder valorar las distintas posibilidades que se le ofrecen para elegir aquella más acorde con sus intereses. Ningún aspecto de los ciudadanos se verá perjudicado dado que puede acudir o al Secretario judicial, haciendo uso de los medios que la Administración de Justicia pone a su disposición, o al Notario o Registrador, en cuyo caso deberá abonar los aranceles correspondientes. La reforma contempla, con un criterio de prudencia dada la procedencia de estos expedientes del ámbito judicial, ciertos límites al principio de libre elección del Notario por el requirente, al establecer criterios de competencia territorial que tienen una conexión razonable con los elementos personales o reales del expediente. No obstante, se avanza hacia una mayor flexibilización de las reglas competenciales respecto de las vigentes actualmente en el ámbito judicial.

Por otra parte, respecto a los expedientes que se mantienen en el seno de la Administración de Justicia, el criterio seguido por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria es el de otorgar el impulso y la dirección de los expedientes a los Secretarios judiciales, atribuyéndose al Juez o al propio Secretario judicial, según el caso, la decisión de fondo que recaiga sobre aquellos y las demás resoluciones que expresamente se indiquen por esta Ley. Se reserva la decisión de fondo al Juez de aquellos expedientes que afectan al interés público o al estado civil de las personas, los que precisan una específica actividad de tutela de normas sustantivas, los que pueden deparar actos de disposición o de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, en la nueva terminología a la que ya se ha hecho referencia. De este modo, el Juez es el encargado de decidir, como regla general, los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y de familia, y también alguno de los expedientes en materia mercantil y de Derecho de obligaciones y sucesorio que no se encomiendan a Secretarios judiciales, Notarios o Registradores.

Procedamos a continuación a fijarnos en las normas contenidas en la Ley que afectan a la materia objeto del presente trabajo:

- Respecto a la competencia, cuando no venga atribuida la competencia expresamente a ninguno de ellos, el Juez decidirá los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con capacidad

modificada judicialmente. El resto de expedientes serán resueltos por el Secretario judicial (art. 2 Ley).

- La regulación de la tutela, la curatela y la guarda de hecho se efectúa en el Capítulo IV del Título II de la Ley (arts. 43 a 52).
- De la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, capítulo VI del Título II de la Ley (arts. 56 a 58)
- Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, Capítulo VII del Título II de la Ley (arts. 59 y 60).
- De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente, Capítulo VIII del Título II de la Ley (arts. 61 a 80).
- De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, Sección 3ª del Capítulo II del Título III de la Ley (arts. 87 y 89).
- Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (Disposición final décima).

De conformidad con el art. 43 en relación a la competencia y postulación en su apartado primero se establece que será competente para el conocimiento de este

expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

Además según el apartado segundo de dicho art. 43, el órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

Tal y como ya hemos avanzado en la presente exposición en estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, salvo en el relativo a la remoción del tutor o curador en el que será necesaria la intervención de Abogado (art. 43.3), criterio que como ya hemos indicado no ha estado exento de crítica.

El ámbito de aplicación de la tutela y la curatela viene configurado en Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo IV del Título II, y de conformidad con el mismo se aplicará únicamente para la constitución de la tutela y de la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona, por lo tanto entendemos que la propia declaración judicial de modificación de la capacidad de la persona queda fuera del ámbito de la presente ley, rigiendo en dicha declaración las previsiones contenidas en la vigente LEC.

El expediente se iniciará mediante solicitud en la que deberá expresarse el hecho que dé lugar a la tutela o curatela, acompañando los documentos acreditativos de



la legitimación para promover el expediente e indicando los parientes más próximos de la persona respecto a la que deba constituirse la tutela o curatela y sus domicilios. Igualmente deberá acompañarse certificado de nacimiento de éste y, en su caso, el certificado de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por éstos en los que se disponga sobre la tutela o curatela de sus hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, o el documento público notarial otorgado por el propio afectado en el que se hubiera dispuesto en previsión sobre su propia tutela o curatela.

En la comparecencia se oirá al promotor, a la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor, a aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir si fuera mayor de doce años o al menor de dicha edad que tuviere suficiente madurez, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno. Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.

El Juez designará tutor o curador a persona o personas determinadas, de conformidad con lo previsto en el Código Civil.

En la resolución acordando el nombramiento de tutor o curador, se adoptarán las medidas de fiscalización de la tutela o curatela establecidas por los progenitores en testamento o documento público notarial, o por el propio afectado en el documento público notarial otorgado al respecto salvo que sea otro el interés de la persona afectada. En defecto de previsiones o cuando las mismas no fueran

establecidas en interés del afectado, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del solicitante, en la resolución por la que se constituya la tutela o curatela u otra posterior, el Juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, en interés del constituido en tutela o curatela, así como exigir al tutor o curador informe sobre la situación personal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y el estado de la administración de sus bienes. Si se adoptaren en resolución posterior, se oirá previamente al tutor o curador, a la persona afectada si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de doce años y al Ministerio Fiscal.

El Juez, en la resolución por la que constituya la tutela o curatela o en otra posterior, podrá exigir al tutor o curador la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, debiendo determinar, en tal caso, la modalidad y cuantía de la misma. También podrá con posterioridad, de oficio o a instancia de parte interesada, dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la fianza que se hubiera prestado, tras haber oído al tutor o curador, a la persona afectada si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de doce años y al Ministerio Fiscal. 6. La resolución que se dicte será recurrible en apelación sin que produzca efectos suspensivos. Durante la sustanciación del recurso, quedará a cargo del tutor o curador electo, en su caso, el cuidado del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y la administración de su caudal, según proceda, bajo las garantías que parecieren suficientes al Juez (art. 45).

En relación a la guarda de hecho se contienen una serie de previsiones respecto a determinadas medidas de control, así como respecto a posibles requerimientos en cuestiones específicas. Así, de conformidad con el art. 52 a instancia del

Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.

Por su parte el Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.

En la presente Ley se contienen también una serie de medidas encaminadas a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, y que resultarán aplicables a los expedientes que tengan por objeto alguna de las actuaciones judiciales previstas en el Capítulo I de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y, en concreto, para: a) La constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad o aprobación de las aportaciones al mismo cuando sus progenitores, tutor o curador se negaren injustificadamente a prestar el consentimiento o asentimiento a ello. b) El nombramiento de su administrador cuando no se pudiera realizar conforme al título de constitución. c) El establecimiento de exenciones a la exigencia de obtener por el administrador de la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros, que se refieran a los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. d) La sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la

extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza que sea necesaria tras la constitución del patrimonio protegido (art. 56).

Para ello se establece que será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia de la persona con discapacidad. La promoción de estos expedientes se atribuye únicamente al Ministerio Fiscal, quien actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, debiendo ser oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido y los interesados no precisarán de Abogado ni Procurador para intervenir en el expediente. (art. 57).

Consideramos oportuno resaltar que tanto el art. 57 como el art. 58 de la Ley JV, hablan de “personas con discapacidad” y no contienen la expresión “personas con capacidad modificada judicialmente”.

El expediente se iniciará mediante solicitud por escrito del Ministerio Fiscal en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación de la persona con discapacidad, de sus representantes o su curador, según proceda y de los demás interesados en el asunto, así como el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y los hechos y demás alegaciones que procedan. Su tramitación se ajustará a las normas generales de tramitación previstas en esta Ley. El Juez dictará la resolución en interés de la persona con discapacidad. Si la resolución estableciera la constitución del patrimonio protegido de una persona con discapacidad, aquella deberá contener, al menos, el inventario de los bienes y derechos que inicialmente lo constituyan; las reglas de su administración y, en su caso, de fiscalización, así como los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de

fiscalización. 4. La resolución será recurrible en apelación con efectos suspensivos, salvo cuando se nombrare administrador del patrimonio protegido por no poderse designar conforme a las reglas establecidas en el documento público o la resolución judicial de constitución. Si la resolución dictada por el Juez fuera la constitución de un patrimonio protegido y el administrador designado no fuera el propio beneficiario del mismo, aquélla deberá ser comunicada al Registro Civil para su inscripción, así como las demás circunstancias relativas al patrimonio protegido y a la designación y modificación de administradores de dicho patrimonio. Igualmente, deberá entregarse testimonio de la resolución a la parte para su inscripción en los registros respectivos cuando los bienes que integren el patrimonio protegido tengan el carácter de registrables para su inscripción o anotación, o a las gestoras de instituciones de inversión colectiva o de sociedades mercantiles si se tratara de participaciones o acciones de las mismas (art. 58).

La Ley de Jurisdicción Voluntaria también contiene una serie de previsiones en aras a proteger el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (arts. 59 y 60). En este sentido se aplicarán las disposiciones de este Capítulo (VII) para la obtención de autorización judicial del consentimiento a las intromisiones legítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente. Será competente para el conocimiento de este

expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. Para promover este expediente está legitimado el representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, sin que sea preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador.

La tramitación y resolución del expediente se regula en el art. 60, según el cual se ajustará a las siguientes reglas: el expediente se iniciará mediante solicitud que deberá acompañarse del proyecto de consentimiento, el documento en que conste la notificación de la oposición del Ministerio Fiscal y los que acrediten su representación legal. Una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste señalará día y hora para la comparecencia, a la que se citará al Ministerio Fiscal, al representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y a éste si el Juez lo creyera necesario. El Juez podrá acordar también, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, la citación, en su caso, de otros interesados. El Juez dictará resolución al término de la comparecencia o, si la complejidad del asunto lo justificare, dentro de los cinco días siguientes, en atención al interés superior del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente. Contra esta resolución cabrá recurso de apelación, con efectos suspensivos, que se resolverá con carácter preferente. Si los representantes legales del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente quisieran que se revocara el consentimiento otorgado judicialmente, lo pondrán en conocimiento del Juez, quien dictará resolución dejándolo sin efecto.

El establecimiento de responsabilidades y medidas de protección respecto al patrimonio del menor o persona con capacidad modificada judicialmente se

acomete en la Sección 3ª del Capítulo II del Título III (arts. 87 a 89), que lleva por rubrica “*De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente*”

En virtud de lo previsto en los indicados preceptos, resultarán aplicables las disposiciones del Título III, Capítulo II, Sección 3ª, para adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los arts. 158, 164, 165, 167 y 216 del Código Civil. Y en concreto: a) Para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas en el art. 158 del Código Civil: para el nombramiento de un administrador judicial para la administración de los bienes adquiridos por el hijo por sucesión en la que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y no se hubiera designado por el causante persona para ello, ni pudiera tampoco desempeñar dicha función el otro progenitor; para atribuir a los progenitores que carecieren de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera; para la adopción de las medidas necesarias para asegurar y proteger los bienes de los hijos, exigir caución o fianza

para continuar los progenitores con su administración o incluso nombrar un Administrador cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo (art. 87. 1 Ley JV).

La competencia corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos hubiera sido establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial (art. 82. 2 Ley).

Las medidas a que se refiere este Capítulo se adoptarán de oficio o a instancia del propio afectado, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Cuando se soliciten respecto de una persona con capacidad modificada judicialmente, podrán adoptarse asimismo a instancia de cualquier interesado (art. 87. 3).

En el caso que el Juez estimare procedente la adopción de medidas, resolverá lo que corresponda designando persona o institución que, en su caso, haya de encargarse de la custodia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, adoptará las medidas procedentes en el caso conforme a lo establecido en los arts. 158 y 167 del Código Civil, y podrá nombrar, si procediere, un defensor judicial o un administrador (art. 88).

En los casos de tutela del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, el Juez que haya conocido del expediente remitirá testimonio de la resolución definitiva al que hubiese conocido del nombramiento de tutor (art. 89).



Por otra parte, no podemos pasar por alto que en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria se efectúan una serie de modificaciones del Código Civil que afectan a la materia que es objeto de estudio en el presente trabajo. A tales fines indicar que nos resultan especialmente relevantes algunas de las modificaciones operadas en la Disposición final primera de la Ley, concretamente la cuarenta y cinco a la cincuenta y cuatro, mediante las que se modifican los siguientes arts. del C.C.: 219, 249, 256, 259, 263, 264, 265, 299 bis, 300 y 302.

El art. 219 queda redactado de la forma siguiente: *“La inscripción de las resoluciones a que se refiere el art. anterior, se practicará en virtud de testimonio remitido al Encargado del Registro Civil.»*

El art. 249 queda redactado de la forma siguiente: *«Durante la tramitación del expediente de remoción, se podrá suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial».*

El art. 256 queda redactado de la forma siguiente: *“Mientras se resuelva acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función. No haciéndolo así, se procederá a nombrar un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada”*

El art. 259 queda redactado de la forma siguiente: *“El Secretario judicial dará posesión de su cargo al tutor nombrado”*

El art. 263 queda redactado de la forma siguiente: *“El Secretario judicial podrá prorrogar este plazo en resolución motivada si concurriere causa para ello”*

El art. 264 queda redactado de la forma siguiente: *“El inventario se formará ante el Secretario judicial con intervención del Ministerio Fiscal y con citación de las personas que aquél estime conveniente”*.

El art. 265 queda redactado de la forma siguiente: *“El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del Secretario judicial, no deban quedar en poder del tutor serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto. Los gastos que las anteriores medidas ocasionen correrán a cargo de los bienes del tutelado”*

El art. 299 bis queda redactado de la forma siguiente: *“Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida”*.

El art. 300 queda redactado de la forma siguiente: *“En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo”*

El art0. 302 queda redactado de la forma siguiente: *“El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida”*.

Del mismo modo, no podemos tampoco ignorar las modificaciones que la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria efectúa de la vigente LEC y que afectan a la materia de nuestro estudio. Dichas modificaciones las encontramos en la Disposición final tercera, apartados uno, tres, y cinco a siete, que, en lo que a nuestro trabajo atañe modifica las siguientes normas de la indicada Ley procesal: art. 8. 1, 525. 1, 748, 749 y 758, párrafo segundo, cuyo contenido queda como hacemos constar a continuación.

El apartado 1 del art. 8 queda redactado de la forma siguiente: *“1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado 2 del art. anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el Secretario judicial le nombrará un defensor judicial mediante decreto, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona”*

El apartado 1 del art. 525, en la materia que nos interesa, queda redactado de la forma siguiente: *“1. No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional: 1.ª Las sentencias dictadas en los procesos sobre..., capacidad...”*

El art. 748 queda redactado de la siguiente manera: *“Las disposiciones del presente Título serán aplicables a los siguientes procesos: 1.º Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad.... 7.º Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores...”*

El apartado primero del art. 749 queda redactado de la siguiente manera: *“1. En los procesos sobre la capacidad de las personas,... será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba,*

*conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada”*

El párrafo segundo del art. 758 queda redactado de la forma siguiente: *“Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado”*<sup>431</sup>.

Así pues, considerábamos imprescindible dedicar un apartado de nuestro estudio al análisis de la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria, para lo que hemos considerado importante no únicamente referirnos al contenido de la Ley actualmente publicada sino también referirnos a antecedentes históricos por ello hemos ido analizando los distintos Proyectos de ley que han existido desde la entrada en vigor de la LEC hasta la publicación de la actual ley para ir entendiendo la evolución de los mismos hasta confluir en su actual versión definitiva. Hemos analizado todas estas cuestiones porque consideramos que nos resultan enriquecedoras en este trabajo y que dada la reciente actualidad de la publicación de la Ley tampoco podíamos pasar por alto, por cuanto consideramos que es una parcela necesitada de análisis en este estudio.

---

<sup>431</sup> Ponemos de relieve que actualmente se atribuye la designación al Secretario Judicial y no al Juez.

### **III. 5.- DERECHOS FORALES**

En este apartado de nuestro trabajo consideramos de gran interés detenernos a analizar la regulación de los derechos forales en materia de Derecho civil y aún más específicamente en materia asistencial sobre discapacitados e incapacitados o con capacidad judicialmente modificada, así como otros colectivos mayores necesitados de protección. Es innegable el interés que estas cuestiones han suscitado en nuestra sociedad y por ello mismo los distintos legisladores, incluidos los legisladores forales y/o autonómicos, que, en unas CCAA más que en otras se han preocupado por ofrecer alguna alternativa a la necesaria incapacitación para prestar determinado tipo de asistencia a los colectivos necesitados de ella. Por ello hemos efectuado una selección de normativa autonómica a la que nos vamos a referir por entender que es la que nos ofrece una mayor riqueza para nuestro estudio. En concreto haremos referencia a la normativa de Cataluña, Galicia, Navarra, Aragón, Comunidad Valenciana (pues no podíamos dejar de lado la normativa propia de nuestra Comunidad), para finalizar con una mención al Derecho civil vasco.

#### **III. 5. 1.- Derecho civil catalán**

En sede de principio, el *sistema tutelar en Cataluña* presenta ciertas diferencias con el aplicable en los territorios de Derecho común donde rige el Código Civil, entre estas Leyes destacan: la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de *Tutela e Instituciones Tutelares* y la Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de ésta;

la Ley 9/1998, de 15 de julio, del *Codi de Família* –en adelante C.F.-; la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, Sobre Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua<sup>432</sup>; la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogimiento de Personas Mayores, para regular situaciones especiales de convivencia respecto a personas mayores, y la Ley 11/2001, de 13 de julio, de Acogimiento Familiar para Personas Mayores<sup>433</sup>. Actualmente, debemos tener en cuenta la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Codi de Família de Catalunya, relativo a la persona y la familia –Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya (VII legislatura) n° 353, de 15 de junio de 2006). (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010 y DOGC núm. 5686, de 2 de agosto de 2010, pp. 61162-61260).

Según hemos expuesto con anterioridad, en nuestro ordenamiento civil común, al mayor se le presume *iuris tantum* la capacidad de obrar plena, esto significa que sólo se puede incapacitar a través de sentencia judicial<sup>434</sup> que declare la incapacidad cuando una enfermedad o una deficiencia física o psíquica impide que la persona ejercite por sí misma sus derechos.

De esta suerte, tal como hemos visto, la sentencia de incapacitación determinará el régimen de tutela aplicable al incapacitado. En definitiva, si una persona es

---

<sup>432</sup> Esta ley ha quedado derogada al aprobarse la disposición derogatoria del Proyecto de ley por el que se aprueba el libro segundo del Codi de Família de Catalunya, relativo a la persona y la familia –Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya (VII legislatura) n° 353, de 15 de junio de 2006), que de hecho se ha publicado la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Catalunya, relativo a la persona y la familia, en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya el 5 de agosto de 2010, con entrada en vigor el 1 de enero de 2011.

<sup>433</sup> A esta legislación nos dedicaremos en páginas siguientes.

<sup>434</sup> Como hemos visto, el art. 199 del C.C declara que “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial, en virtud de las causas establecidas por la ley”.

declarada incapaz, la ley prevé los mecanismos con los que puede llegar a ejercer sus derechos y obligaciones. Así, recordemos que el art. 215 del C.C. establece que la guarda y protección de la persona o de los bienes de menores o incapacitados se hará a través de la tutela, la curatela o el defensor judicial. Pues bien, el C.F. añade la institución del administrador patrimonial (art. 167). Como instituciones similares o asimiladas a la tutela podemos hablar de la prórroga y rehabilitación de la potestad y la guarda de hecho.

En sentido general, la incapacitación total, a tenor del C.C. o del C.F., comporta la constitución de la tutela que significa la representación del incapacitado, cosa que constituye la principal diferencia entre la tutela y la curatela (arts. 267 C.C y 209.1 y 242.1 C.F.). La incapacitación parcial que afecta a la representación personal o patrimonial también hace necesaria la constitución de tutela; sin embargo, la incapacitación parcial que sólo afecta al ámbito patrimonial sin que se prive al incapaz de facultades de disposición da lugar a curatela (art. 289 y 290 C.C.; 242 C.F.). Ahora bien, si la incapacitación parcial afecta al ámbito personal, atribuye a quien se hace cargo de la guarda legal, funciones asistenciales, por tanto, según el C.C. procede una curatela (art 289), sin embargo, en el C.F., se constituirá una tutela (art 242 C.F., a *sensu contrario*)<sup>435</sup>.

En definitiva, es clara en nuestro Derecho civil común y en el Derecho civil catalán la necesaria incapacitación judicial previa para la constitución de alguna de las instituciones de guarda, fuera de esta eventualidad queda la denominada guarda de hecho, regulada en los arts. 303, 304 y 306 del C.C. y en los arts. 253 ss. del C.F. Su origen se encuentra en la situación *de facto* de determinadas

---

<sup>435</sup> SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela*, cit., p. 118.

personas que, sin ningún título que los habilite, asumen la protección de un menor –circunstancia que queda fuera de nuestro estudio- o de un “presunto incapaz” – las comillas son nuestras-, es decir, la guarda de hecho para supuestos de discapacitados mayores de edad que se encuentran sujetos a la atención de un familiar o de una institución<sup>436</sup>. En atención a la actividad, estos guardadores realizarían funciones que en realidad corresponden a un tutor o a un curador. Para Rogel Vide<sup>437</sup> la regulación actual de la guarda de hecho que hace el C.C. es limitada e incorrecta, contiene errores e imprecisiones dado que olvida problemas que se presentan en una figura que ni siquiera se delimita; para este autor, “*la guarda de hecho es una institución, una situación, una regulación jurídica informal, todo lo irregular que se quiera, pero no es un hecho jurídicamente irrelevante*”<sup>438</sup>. Ogáyar y Lete<sup>439</sup> afirman que la guarda de hecho es “una actividad ilegal”. Como destaca Sancho Gargallo<sup>440</sup>, los presupuestos para que se dé una guarda de hecho sobre presuntos incapaces son: que una persona mayor de edad

---

<sup>436</sup> Nos encontraríamos frente a una incapacidad de hecho que sí reconoce el Derecho penal dado que no utiliza el término incapacitado para describir los supuestos de inimputabilidad del art. 20 del Código Penal, es decir, la sentencia de incapacidad dictada por el tribunal civil no tiene trascendencia para un tribunal penal, éste decide autónomamente si el declarado incapaz es o no inimputable, más aún, reconoce la incapacidad de hecho cuando afirma en su art. 25 que “*a los efectos de este código se considera incapaz toda persona, esté o no declarada su incapacidad, siempre y cuando padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar por ella misma su persona o a los suyos*”.

<sup>437</sup> ROGEL VIDE, C., *La guarda*, cit., p. 32.

<sup>438</sup> ROGEL VIDE, C., *La guarda*, cit., p. 79.

<sup>439</sup> OGÁYAR, T., LETE, J.M., “De la Guarda de Hecho”, en *Comentarios Al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albadalejo*. Tomo IV (Madrid 1985) p. 493.

<sup>440</sup> SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela*, cit., p. 298.



se encuentre afectada por una causa de incapacidad por falta de autogobierno sin que sea previsible su recuperación, que no haya sido incapacitado y que en la práctica se esté haciendo cargo de su atención personal o patrimonial un tercero<sup>441</sup>. Se trata de una interpretación amplia dado que, como hemos avanzado, el C.C. no describe, no identifica y no delimita la guarda de hecho. El C.F. la define en el art. 253: *“el guardador o la guardadora de fet és la persona física o jurídica que té acollit transitòriament un menor que ha estat desemparat per aquella o aquelles persones que n'han de tenir cura, o qualsevol altra persona que, per raó de les seves circumstàncies personals, pot ser declarada incapaç o subjecte a curatela”*. Las funciones del guardador de hecho no abarcan a la representación legal del guardado, por tanto, no se puede actuar por él ni sustituirlo en actos personales ni en negocios patrimoniales. La representación legal sólo se adquiere si el juez lo nombra defensor judicial, pero en tal caso dejará de ser guardador de hecho. Según el C.C. el guardador tiene el deber de atender al presunto incapaz en la esfera personal y en la patrimonial, asumirá la representación de los bienes y de los rendimientos económicos del guardado, pero sin tener facultades de disposición. Se asegurará de que se hacen los pagos ordinarios, de que se reciben las prestaciones debidas, cuidará del patrimonio

---

<sup>441</sup> Siguiendo a ROGEL VIDE, C., *La guarda, cit.*, p. 53, hablaríamos de guarda de hecho en los siguientes casos: Cuando alguien, sin tener potestad legal sobre un menor o sobre un presunto incapaz ejerce alguna de las funciones tutelares, o se encarga de su custodia y protección de la administración de su patrimonio o de la gestión de sus intereses; cuando quien ejerce la tutela sea una persona afectada por causa de inhabilidad legal; cuando el tutor designado haya comenzado a realizar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales; cuando el tutor haya prolongado el ejercicio de la tutela cuando hubiera debido acabarla; por último, las personas en las que los titulares de la patria potestad pretendan delegarla.

dado que (art. 258.2 C.F.): *“l'actuació del guardador o guardadora de fet ha d'ésser sempre en benefici de la persona en guarda i s'ha de limitar a tenir-ne cura i a administrar-ne de manera ordinària els béns”* (art. 256 C.F.). Igualmente, el guardador tiene el deber de atender al guardado en la esfera personal. A tenor del art. 304 del C.C., los actos realizados por el guardador –sean los que sean- pueden ser impugnados y anulados si no redundaron en interés y utilidad del guardado. Esta guarda de hecho se extingue cuando desaparecen las causas que la motivaron, por el acogimiento del guardador o por la constitución de tutela o curatela.

En cuanto a la publicidad, para el C.C. no hay obligación de comunicar la guarda de hecho, únicamente si la situación de guarda llega a conocimiento del juez, este puede requerir al guardado para que le informe sobre la situación en la que se encuentra el presunto incapaz y entonces exigir responsabilidades y adoptar medidas cautelares –art. 303 del C.C.- siendo de aplicación las disposiciones legales de rendición de cuentas y responsabilidad previstas para la tutela. En Cataluña existe la obligación de comunicar la situación a la Dirección General de Atención a la Infancia si se trata de un menor –DGAI- y al juzgado o al Ministerio Fiscal si se trata de un “presunto incapaz” –art. 254 del C.F.-, así como disponer de autorización judicial para su internamiento –art. 255 del C.F.-. De esta forma, la guarda de hecho en Cataluña se convierte en una situación legalizada, no obstante esta legalización, a pesar de representar un avance respecto del sistema del C.C., se concibe como una situación transitoria de acogimiento para menores incapaces o “presuntos incapaces”.

Podemos ver un posible paso adelante en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Codi de Família de Catalunya, relativo a la persona y la familia incluye entre los titulares de la función tutelar (art. 221-1 apartado e)) “A la persona especialment apoderada a aquest efecte d’acord amb l’apartat 2 de l’article 222-1”. Precisamente, dicho art. 222-1 dispone que “*No cal posar en tutela les persones majors d’edat que, per causa d’una malaltia o deficiència persistent de caràcter físic o psíquic, no poden governar-se per sí mateixes, si a aquest efecte han nomenat en escriptura pública un apoderat perquè tingui cura dels seus interessos. En aquest cas, la pèrdua sobrevinguda de capacitat del poderdant no comporta l’extinció del poder, amb tal que s’hagi atorgat en contemplació de la futura situació d’incapacitat. Si en interès de la persona protegida s’arriba a constituir la tutela, l’autoritat judicial pot, en aquell moment o amb posterioritat, a instància del tutor, acordar l’extinció del poder*”<sup>442</sup>.

En Catalunya la regulació de la autotutela es anterior a la que se realiza el Derecho común, se trata de la primera regulació de esta institución en derecho positivo español. La Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de Tutela e Instituciones Tutelares, en su Exposición de Motivos aclara que las modificaciones que introduce están inspiradas en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona en todas aquellas circunstancias que impiden que ésta se gobierne por sí misma. Con esta intención, en el articulado se introduce la denominada autotutela por modificación de los arts. 4º y 5º de la Ley 39/1991. En particular, en el art. 1 se otorga nueva

---

<sup>442</sup> En esta previsión encontramos la adopción de la figura del “apoderado” del Derecho alemán, de la que no nos vamos a ocupar por exceder del ámbito de nuestro trabajo.

redacción a los arts. 4 y 5 de la Ley 39/1991, en particular, el art. 4 establece que *“La tutela se defiere por: a) testamento o codicilo; b) escritura pública; c) resolución judicial”*; y en relación a la delación de la tutela por escritura pública, el art. 5.1 recoge que *“Cualquier persona en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos, u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido en la presente Ley. El nombramiento puede ser impugnado por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela, o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior”*. De la misma forma, como novedad, en el art. 3 se añadió una Disposición adicional tercera a la Ley 39/1991, por la que en el punto 1) se establece el Registro de Tutelas y Autotutelas, en el que se inscriben las delaciones de las que han sido otorgadas en uso de la facultad prevista en el art. 5. En el punto 2) se dispone la remisión a este Registro por los Notarios autorizantes, de un oficio al efecto, pero sin indicar la identidad de los designados. Y en su punto 3) dispone que reglamentariamente se establecerán las normas relativas a la organización, funcionamiento y publicidad de dicho Registro.

La Ley 9/1998, de 15 de julio, del Codi de Família, en su Disposición final primera dispone la sustitución por los correspondientes preceptos del C.F., de varias disposiciones y arts., entre aquéllas, la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de

la tutela e instituciones tutelares, excepto la disposición adicional primera, así, el C.F., dispone en su art. 172.1 que: *“Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalecerá la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva”*.

En la actualidad, por la Ley 25/2010, de 29 de julio, se aprueba el libro segundo del Codi de Família de Catalunya, relativo a la persona y la familia –Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya (VII legislatura) nº 353, de 15 de junio de 2006) (BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010 y DOGC núm. 5686, de 2 de agosto de 2010, p. 61162-61260) y en ella se recoge casi literalmente el tenor del art. 172 del C.F, en particular, entre las formas de delación de la tutela se alude a la realizada en escritura pública –art. 222.2: *“La tutela es defereix per: [...] b) Escritura pública”*, de hecho, en el art. 222.3.1, en relación con las delaciones hechas por uno mismo, se dispone que *“Qualsevol persona amb plena capacitat d’obrar, per al cas que pugui arribar a ser declarada incapaç, pot nomenar o excloure, en escriptura pública, una o més persones per a l’exercici dels càrrecs tutelars, i també fer disposicions respecte del funcionament i el contingut, en general, del règim de protecció que pugui ser escaient, especialment pel que fa a la cura de la seva persona”*.

En definitiva, la adopción de la institución de la autotutela en nuestro ordenamiento vigente es clara, no obstante, de nuevo, ello no representa un avance, dado que siempre y en todo caso se alude a la necesaria incapacitación judicial, por tanto, aunque incuestionablemente, el hecho de poder nombrar –o excluir- a quien va a ser el propio tutor o curador va en aumento de la autonomía privada, no se ha promovido cambio en cuanto a la necesaria incapacitación, de suerte que sólo de producirse ésta la institución de la autotutela tendrá efectos.

En este punto, este Derecho civil sí que ha propiciado desarrollo, recordemos la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, Sobre Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua<sup>443</sup>, esta ley regula, a tenor de su art. 1, situaciones de convivencia de dos personas mayores de edad que no tienen relación de parentesco en línea recta y que “*sense constituir una família nuclear, comparteixen, amb voluntat de permanència i d’ajuda mútua, les despeses comunes o el treball domèstic, o ambdues coses*”. También la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogimiento de Personas Mayores, para regular situaciones especiales de convivencia respecto a personas mayores, en ella se regula el denominado “*pacto de acogimiento*”<sup>444</sup>,

---

<sup>443</sup> Nos permitimos recordar que esta ley ha quedado derogada al aprobarse la disposición derogatoria del Proyecto de ley por el que se aprueba el libro segundo del Codi de Família de Catalunya, relativo a la persona y la familia –Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya (VII legislatura) n° 353, de 15 de junio de 2006). En la Exposición de motivos del proyecto se declara que la Ley 19/1998 se integra en el libro segundo del Codi Civil de Catalunya.

<sup>444</sup> Respecto del cual, en la Exposición de motivos del Proyecto de ley por el que se aprueba el libro segundo del Codi de Família de Catalunya, se dispone que, a pesar de su inspiración en instituciones del derecho de familia, en la medida en que se concibe como contrato oneroso al intervenir contraprestación, se integrará en el Libro sexto del Codi Civil de Catalunya relativo a las obligaciones y los contratos.

en cuya virtud, y a tenor de lo dispuesto en el art. 1.1 “*consisteix en la vinculació d’una persona, una parella casada o unida de manera estable, o una família monoparental, per raó de l’edat o bé d’una discapacitat, a una persona o a una parella casada o unida de manera estable, que ha d’èsser més joves si l’acolliment és per raó de l’edat, que els accepten en condicions semblants a les relacions de parentiu a canvi d’una contraprestació*”, queda claro que la asistencia que pueden prestar los que acogen no incluye la jurídica, en concreto la representación legal, dado que como dispone el art. 1.3: “*El pacte d’acolliment no inclou l’administració legal de béns ni la representació legal de les persones acollides per les acollidores*”. Y por último, la Ley 11/2001, de 13 de julio, de Acogimiento Familiar para Personas Mayores, Fundamentalmente, esta ley regula el acogimiento familiar de personas mayores como una materia de Servicios Sociales toda vez que determina que la Administración competente en esta materia es la Generalitat de Cataluña respecto de la planificación y ordenación así como la competencia en programación, prestación y gestión de la Administración local del municipio de residencia de las personas que acogen. Igualmente, se crea el Registro de Acogimiento Familiar de Personas Mayores.

Ahora bien la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (en adelante C.C.Cat.) es la primera que se dicta después de la publicación en el BOE (de 21 de abril de 2008) del Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006.

Tiene, por tanto, gran interés en cuanto disciplina para las personas con vecindad civil catalana las figuras de protección de las personas, conformándolas con los

principios de la Convención de la ONU, y anticipa, de alguna manera las reformas que se pueden introducir en los diferentes regímenes jurídico civiles que coexisten en España sobre las instituciones de guarda y protección de quienes no pueden gobernarse por sí mismos (Código Civil, Ley de Derecho de la Persona, de Aragón y Ley del Derecho civil, de Galicia).

Dentro de los principios del nuevo libro segundo del Código Civil de Cataluña, se tiene en cuenta que respecto a los intereses de los colectivos especialmente vulnerables, el ordenamiento civil debe hacer posible, no obstante las especiales necesidades de protección por razón de edad o de disminución psíquica o física, que todas las personas puedan desarrollar su proyecto de vida y tomar parte, en igualdad de derechos y deberes, en la vida social. Es por ello que la nueva regulación pone énfasis en la capacidad natural de las personas y en el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar, sin ignorar que la posibilidad de abusos reclama la previsión de mecanismos de control adecuados. En esta línea, se insertan dos nuevas instituciones dirigidas a proteger y favorecer la autonomía de personas que, por diferentes razones, pueden necesitar protección: por una parte, la asistencia, concebida como un medio de protección a disposición de personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y la tutela posterior a menudo no son posibles ni tan solo aconsejables, y, por otra parte, la posibilidad de constituir patrimonios protegidos, en interés de personas con discapacidad psíquica o física o en situación de dependencia, destinados a atender a sus necesidades. El libro segundo ha tenido en cuenta que la sociedad catalana, como otras del entorno, ha evolucionado y que las características de las familias han cambiado sustancialmente en relación con las de la generación



inmediatamente anterior. Cataluña se halla en plena transición demográfica y es, hoy, una sociedad más envejecida y con un gran crecimiento del número de hogares unipersonales, fruto del aumento de la esperanza de vida, de una fecundidad más bien baja y de tasas de divorcio en aumento. Por otra parte, el hombre ha dejado de ser el único miembro del hogar que aporta ingresos a la unidad familiar, y cada vez existen más familias en las que tanto el hombre como la mujer tienen un trabajo remunerado. La tasa de actividad femenina ha crecido de modo constante hasta acercarse a la media de los países más desarrollados, lo que explica también que la edad en el momento de contraer el primer matrimonio supere los treinta años tanto en mujeres como en hombres. Como en otros países del entorno de Cataluña, el divorcio se ha normalizado y ha aumentado considerablemente. Este aumento de los divorcios se ha traducido en un aumento significativo de hogares familiares en que vive solo uno de los progenitores con los hijos, así como de familias reconstituidas, o sea, formadas por un progenitor, su cónyuge o pareja, los hijos de al menos uno de ellos y, si existen, los comunes, las cuales, hasta ahora, si dejamos de lado alguna norma aislada en materia de gastos familiares y la adopción, casi no habían tenido reflejo normativo.

Respecto a las instituciones de protección de la persona configura una serie de importantes previsiones. La distinción que el art. 3 de la Ley 29/2002, en relación con el contenido del libro segundo, hace entre persona física y familia, ha permitido enfatizar el protagonismo que deben tener las instituciones tutelares, dándoles un tratamiento autónomo e independiente que las aleja, en parte, de su consideración como sucedáneo de las relaciones familiares. Así, el título II del libro segundo agrupa las instituciones de protección de las personas mayores de

edad que no pueden gobernarse por sí mismas y la protección de los menores, en particular la de los menores en situación de desamparo. Junto con estas instituciones, se incluye la regulación de la asistencia y la protección patrimonial de personas discapacitadas y dependientes. La principal característica del título II es que incorpora una gran variedad de instrumentos de protección, que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad. La presente ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español. En particular, las referencias del libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal. El Título II, Capítulo I de este título sistematiza unas disposiciones comunes a todas las instituciones de protección y las configura como un deber que, bajo el control de la autoridad judicial, debe ejercerse en interés de la persona protegida y de acuerdo con su personalidad, procurando que las decisiones que le afecten respondan a sus anhelos y expectativas. En cuanto a la tutela, el Capítulo II incorpora el régimen del Código de familia, pero con algunas novedades

remarcables. Por una parte, en la línea de un mayor reforzamiento de la autonomía de la persona que sigue el camino iniciado por la Ley 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, con la admisión de la autotutela, se flexibiliza la respuesta jurídica ante la pérdida progresiva de facultades cognitivas y volitivas de la persona, admitiendo que, si se hubiese otorgado un poder en previsión de una situación de pérdida de capacidad, el hecho de que esta circunstancia se llegue a producir no lleva necesariamente a la extinción de aquél. O sea, se permite que, sin necesidad de constituir la tutela, el apoderado pueda continuar cuidando de los intereses de la persona que ya no puede valerse por sí misma. Eso no impide, obviamente, que, en interés de la persona protegida, llegue finalmente a constituirse la tutela y que la autoridad judicial, si se lo solicita el tutor, pueda resolver la extinción del poder. Se trata de que no siempre sean precisas la incapacitación y la constitución formal de la tutela, que se configura como una medida de protección, especialmente en casos de desamparo del incapaz, cuando a la grave enfermedad psíquica se le añade la falta, inadecuación o imposibilidad de apoyo familiar. Paralelamente, se han fijado unas cautelas para el otorgamiento de las escrituras que contienen la delación hecha por uno mismo, ya que se ha detectado que, con excesiva frecuencia, algunas escrituras de designación de tutor se otorgan justo antes de instar a la incapacitación, lo que hace sospechar que puede existir captación de la voluntad por parte del designado o, simplemente, que el otorgante no era plenamente capaz. Por ello, por una parte, se consideran ineficaces las delaciones hechas por uno mismo si la escritura que las contiene se ha otorgado después de haberse instado el proceso sobre su capacidad o después de que el

Ministerio Fiscal haya iniciado sus diligencias preparatorias; y por otra parte, se legitima a las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela o al Ministerio Fiscal para oponerse judicialmente a la designación hecha por el mismo interesado dentro del año anterior al inicio del procedimiento sobre la capacidad. Se incide también en la aptitud para ejercer los cargos tutelares y se adaptan las normas sobre excusas a la realidad de la necesaria y conveniente especialización de las entidades tutelares no lucrativas dedicadas a la protección de personas incapacitadas. Por ello, se permite que las personas jurídicas se excusen si no disponen de medios suficientes para desarrollar adecuadamente la tutela o si las condiciones personales del tutelado son ajenas a los fines para los que han sido creadas. Finalmente, en línea con la crítica unánime que habían hecho los operadores jurídicos, también se ha revisado el régimen de rendición de cuentas durante el ejercicio del cargo y al final de este, de modo que deban rendirse ante la autoridad judicial que haya constituido la tutela. Los capítulos III y IV del Título II tratan de la curatela y del defensor judicial, respectivamente. A pesar de que la curatela se concibe como una institución complementadora de la capacidad en que es la persona protegida la que actúa por sí misma, se admite que en supuestos de incapacitación parcial la sentencia pueda conferir facultades de administración al curador, que, si es preciso, puede actuar como representante. Es por ello que se incluye también la obligación de rendir cuentas, propia de toda gestión de negocios ajenos. El capítulo IV mantiene el carácter versátil y flexible del defensor judicial partiendo de su configuración como institución tutelar que cumple una función de ajuste de las demás instituciones de protección, incluida la potestad parental. El capítulo V delimita unos contornos más precisos para la

guarda de hecho, que se vincula a los casos en que se cuida de una persona menor en situación de desamparo o de una persona mayor de edad en quien se da una causa de incapacitación. En este segundo caso, la obligación de comunicar el hecho de la guarda a la autoridad judicial se limita al caso en que la persona está en un establecimiento residencial, sin perjuicio de lo establecido por la legislación procesal. A la práctica se ha podido constatar que son excepcionales, y más bien extremos, los casos en que las familias toman la decisión de solicitar la incapacitación de las personas ancianas afectadas de demencias seniles o de otras enfermedades que les impiden decidir por sí mismas. Por otra parte, cuando se ejerce la guarda de hecho de una persona que está en potestad parental o en tutela, también se ha considerado pertinente que la autoridad judicial pueda conferir funciones tutelares al guardador, si existen circunstancias, como por ejemplo la duración previsible de la guarda o las necesidades de la persona guardada, que lo hagan aconsejable. La atribución de funciones tutelares comporta la suspensión de la potestad o la tutela, y evita al guardador la carga, demasiado onerosa, sobre todo en un contexto familiar, de tener que instar a la privación de la potestad o la remoción del tutor. Junto a la disposición que permite no constituir la tutela si se hubiese otorgado un poder en previsión de la pérdida de capacidad, los cambios en relación con la guarda de hecho son un reflejo del nuevo modelo de protección de la persona que diseña el libro segundo. Este modelo ha sido guiado por la idea de considerar que la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso de la capacidad natural de la persona protegida. Es por ello mismo que el capítulo VI incluye un nuevo instrumento de protección, la asistencia, dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o

de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. Este instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender a sus necesidades. En línea con las directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña, se considera más adecuado este modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela. Además, esta tendencia es la misma que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. El capítulo VII incorpora al derecho catalán la figura del patrimonio protegido, que comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por la persona constituyente, así como de sus rendimientos y bienes subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona afectada por discapacidad psíquica o física de una cierta gravedad o por una situación de dependencia igualmente severa. Ha podido detectarse que, pese a los beneficios fiscales establecidos por la legislación estatal, los casos en que las familias catalanas han usado este instrumento han sido más bien pocos. Es por ello que la regulación que se propone, coherente con el objetivo de ofrecer una

protección patrimonial a la persona beneficiaria, afecta el patrimonio protegido a esta finalidad y parte de la idea que este patrimonio no responde de las obligaciones de la persona beneficiaria, ni tampoco de las de la persona constituyente o de quien hizo aportaciones, sino que únicamente queda vinculado por las obligaciones contraídas por el administrador para atender a las necesidades vitales de la persona protegida. Como complemento de esta figura, se diseña un régimen de administración del patrimonio protegido y de supervisión de la actividad del administrador y la disposición adicional primera regula, también, la creación del Registro de patrimonios protegidos.

Finaliza el título II, con el capítulo VIII, que regula disposiciones relativas a la protección de los menores desamparados.

Las principales novedades que nos ofrece el Código Civil de Cataluña en relación a la regulación de la persona físicas, lo vislumbramos ya en su Título I, Capítulo I de este Libro Segundo del Código Civil de Cataluña comienza con la manifestación de que<sup>445</sup>, a los efectos del derecho catalán, la personalidad civil (art. 211-1 C.C.Cat.) se adquiere simplemente por el nacimiento, de manera que no es aplicable lo previsto por el art. 30 del Código Civil español (EDL 1889/1), según el cual sólo se reputa nacido el feto que tuviere figura humana y viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Ello entronca con lo previsto por el art. 412-1 C.C.Cat., que hereda lo dispuesto por los antiguos

---

<sup>445</sup> Vid. MAZA DOMINGO, J., *Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*, 01.05.2011, en la página web: [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Principales-Libro-Segundo-Codigo-Catalunya\\_11\\_273430003.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Principales-Libro-Segundo-Codigo-Catalunya_11_273430003.html) (visionado en marzo de 2015), pp. 1-24.

arts. 196.1 y 254.2 del Código de Sucesiones en cuanto que tienen capacidad para suceder las personas que en el momento de la apertura de la sucesión hayan nacido o estén concebidas y sobrevivan al causante.

En cuanto a la capacidad de obrar (art. 211-3 C.C.Cat.), se vincula a la capacidad natural, de manera que, según el Preámbulo de la Ley, "*combinada con la edad permite hacer de ella una valoración gradual no estrictamente seccionada en etapas a lo largo de la vida de la persona*", razón por la que el art. 211-3-3 C.C.Cat. dice que "*las limitaciones a la capacidad de obrar se han de interpretar de una manera restrictiva, ateniéndose a la capacidad natural*".

La regulación de los internamientos la encontramos en los arts. 212-4 y 212-5 C.C.Cat., de los que, según el Preámbulo de la Ley, se ha eliminado la referencia a que deban llevarse a cabo en un establecimiento cerrado.

Respecto a las instituciones de protección de la persona<sup>446</sup> en el nuevo Código se enfatiza el protagonismo de las instituciones tutelares, otorgándoles un tratamiento autónomo e independiente, al tiempo que (vid el art. 221-1 C.C.Cat. que determina quienes deben ser objeto de protección: "*las personas menores de edad, las que no pueden gobernarse por sí mismas si no están en potestad parental y las que necesitan asistencia*"), de manera que se asume tanto la protección de los mayores de edad incapaces de gobernarse, como de los menores, en particular los que se hallen en situación de desamparo.

Y, ciertamente, el Título II del Libro Segundo incorpora una gran variedad de instrumentos de protección (además de la tutela, la curatela y el defensor judicial,

---

<sup>446</sup> Vid. MAZA DOMINGO, J., *Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, cit.*, pp. 3-6.



se regula con contornos más precisos la guarda de hecho, se prevé "la asistencia" y se incorpora la figura del "patrimonio protegido"), en un abanico de diversidad de medios que pretende respetar "los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, con principios de proporcionalidad y adaptación a las circunstancias", como preconiza la Convención de Nueva York de 13 de diciembre 2006 sobre los derechos de los discapacitados (EDL 2006/479233), debiéndose interpretar todo ello en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal y estableciéndose que (art. 221-2 C.C.Cat.) *"el ejercicio de las funciones de protección es un deber"*.

Dicho ello, respecto de la tutela se incorpora la denominada "autotutela", flexibilizándose la respuesta jurídica ante la pérdida progresiva de facultades cognitivas y cualitativas de la persona y admitiéndose que si había otorgado un poder en previsión de una situación de pérdida de capacidad, el hecho de que esa circunstancia llegue a producirse no debe necesariamente conducir a la extinción de aquél, permitiéndose, sin necesidad de constituir una tutela, que el apoderado pueda continuar cuidando los intereses de la persona que ya no puede valerse por sí misma (vid el art. 222-2 C.C.Cat.), a pesar de lo cual puede llegarse, finalmente, constituirla, en cuyo caso (art. 222-2.3 C.C.Cat.) la autoridad judicial podrá acordar la extinción del poder. En suma, la incapacidad y la tutela se reservan para aquellos casos, sobre todo de desamparo del incapaz, en los que a la grave enfermedad psíquica se añada la falta, inadecuación o imposibilidad, de un soporte familiar.

En paralelo, y ya en el supuesto de la delación voluntaria de la tutela, se han previsto unas cautelas para el otorgamiento de las escrituras respecto de las hechas

por uno mismo (art. 222-4.3 C.C.Cat.: "*son ineficaces las delaciones hechas por uno mismo, otorgadas desde que se inste el proceso sobre su incapacidad o el Ministerio Fiscal inicie las diligencias preparatorias*"), por cuanto se establece la sospecha de que podría haberse producido una captación de la voluntad por parte del designado o, bien, que el otorgante no era plenamente capaz. Por otra parte, en el art. 222-9 C.C.Cat. se prevé que el Ministerio Fiscal o alguna de las personas llamadas por la ley a ejercer la tutela puedan instar a la autoridad judicial a prescindir de la delación voluntaria si se ha producido una modificación sobrevinida de las causas tenidas en cuenta para emitir dicha declaración de voluntad, y si la delación se hizo dentro del año anterior al inicio del procedimiento de incapacidad.

Tras añadirse (art. 222-10.2.d) C.C.Cat.), en el orden de familiares a escoger por la autoridad judicial para la delación judicial (si no hubiera persona designada, si se excusara, etc.) "*en caso de muerte del progenitor del menor o incapacitado, al cónyuge o al conviviente en pareja estable, si convive con la persona que ha de ser puesta en tutela*", así como (art. 222-10 n° 3 y 4 C.C.Cat.) la posibilidad del que el juez remita a una sesión informativa sobre mediación familiar a las personas que quisieran asumir la tutela, para obtener un acuerdo, y que, si no hay personas del entorno familiar que quieran asumirla, pueda designar personas jurídicas, públicas o privadas sin ánimo de lucro, que la puedan asumir satisfactoriamente, en cuanto a la aptitud para ejercer cargos tutelares el art. 222-15 C.C.Cat. es mucho más restrictivo que el antiguo art. 135 CF, al establecerse una larga lista de causas de ineptitud.

Y en cuanto a las excusas (art. 222-18 C.C.Cat.), las personas jurídicas pueden esgrimir que, además de carecer de medios, "*las condiciones de la persona que ha de ser puesta en tutela no se adecuan a las finalidades para las cuales han sido creadas*". Finalmente, la rendición de cuentas (art. 222-31 C.C.Cat.) está redactada de forma mucho más extensa que el antiguo art. 204 CF, previéndose en su punto nº 2 que la rendición del tutor o administrador "*deberá llevarse a cabo ante la autoridad judicial que constituyó la tutela, con la intervención del Ministerio Fiscal*".

Respecto de la curatela, en el supuesto de personas incapacitadas (art. 223-6 C.C.Cat.) que, según el Preámbulo, lo sean sólo de capacitación parcial, se admite que "*la sentencia de incapacitación pueda conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de ésta para llevar a cabo otros actos de esta naturaleza por ella misma*". Por otra parte, congruentemente, el art. 233-10 C.C.Cat. incorpora la obligación de rendición de cuentas del curador que tenga atribuidas funciones de administración ordinaria.

En cuanto al defensor judicial, partiendo de su carácter versátil y flexible, que cumple una función de ajuste de las otras instituciones de protección, el art. 224-4 C.C.Cat. prevé que, en caso de conflicto de intereses respecto de los actos llevados a cabo por el tutor, por el apoderado nombrado en previsión por el propio incapacitado o por la persona puesta en curatela con asistencia del curador, haya sido necesario nombrar un defensor judicial para que no sean anulables.

Por su parte, el Capítulo V del Título II, de la guarda de hecho, incorpora, en su art. 225-2 C.C.Cat., que el titular de un establecimiento residencial en el que se

halle una persona mayor de edad con una posible causa de incapacitación deba comunicarlo a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal en el término de setenta y dos horas (se supone que desde el momento de advertir la aparición de dicha causa), cuya justificación, como ya hemos avanzado, se proporciona en su Preámbulo en la medida en que se ha podido comprobar su excepcionalidad.

En el art. 225-3.2 C.C.Cat se ha considera pertinente establecer que la autoridad judicial pueda conferir funciones tutelares al guardador cuando se ejerce la guarda de hecho de una persona que está en potestad parental o en tutela, de tal forma que en la guarda de personas que estén en potestad parental o en tutela, las funciones tutelares puedan atribuirse en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con la congruente suspensión de la potestad parental o tutela, lo que evita al guardador la carga, demasiado onerosa, sobre todo en el contexto familiar, de solicitar la privación de la potestad o la remoción del tutor.

Por otra parte, el legislador considera que la incapacitación es un recurso demasiado drástico, y por ello se introduce en el Código la figura de la "asistencia" (arts. 226-1 a 236-7 C.C.Cat.), dirigida a los mayores de edad que lo necesiten para cuidar de sí mismos o de sus bienes a causa de una disminución no incapacitante de sus facultades. La solicitud podrá hacerla él mismo, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y la autoridad judicial deberá respetar su voluntad, para nombrar o excluir a una persona, para protección de la vejez, enfermedad psíquica o discapacidad. Y el asistente deberá velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad, e intervenir también en actos jurídicos, algunos de los cuales serán necesarios para que la persona asistida no vea anulados los actos llevados a cabo sin aquel. En cualquier caso el régimen

jurídico del asistente será similar al de los tutores e integra también la obligación de rendir cuentas si tiene atribuidas funciones de administración.

Paralelamente, se incorpora la figura del "patrimonio protegido" (arts. 227-1 a 227-9 C.C.Cat.), que comporta la afectación de bienes, y su rendimiento, aportados a título gratuito por una persona, para satisfacer las necesidades vitales de otra, beneficiaria, y afectada por unas discapacidades físicas o psíquicas de una cierta gravedad (65% o 33%, respectivamente) o a una situación de dependencia severa, para lo que se prevé específicamente (art. 227-2.2 C.C.Cat.) que el patrimonio protegido no responde de las obligaciones del beneficiario ni tampoco de las del constituyente o de quien hizo las aportaciones y, por otra parte se establece el principio de que las aportaciones realizadas después de la fecha del hecho o del acto del que nació el crédito no perjudican a los deudores de la persona que las hizo, si falta otro recurso para cobrarlo, y tampoco perjudican a los legitimarios. La administración de dicho patrimonio corresponde a la persona física o jurídica designada, y puede serlo el propio constituyente siempre y cuando no sea al mismo tiempo beneficiario, al tiempo que para controlar dicha administración pueden designarse personas que adopten las medidas de control que consideren congruentes (art. 227-5 C.C.Cat.). En otro punto, tras establecer la rendición de cuentas, la extinción y el destino del remanente, se prevé que los bienes que integran patrimonio protegido puedan ser inscritos en el Registro de la Propiedad.

### **III. 5. 2.- Derecho civil gallego**

En este apartado nos vamos a ocupar brevemente de la regulación que el actual Derecho civil foral gallego efectúa de las instituciones jurídico asistenciales y de guarda, y más concretamente, la regulación contenida en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

El Título I de la indicada Ley se ocupa de la protección de menores, estableciéndose en su art. 5 que la Xunta de Galicia ejercerá a través del organismo competente la protección de las personas a fin de garantizar los derechos de las personas menores y de subsanar las situaciones de desamparo o riesgo en que pudieran encontrarse. En su art. 7 se definen los supuestos que se consideran en situación de desamparo, estableciendo que se considera desamparo la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia. Corresponde a la entidad pública competente la tutela de las personas menores que se encuentren en situación de desamparo.

La legislación civil gallega, recoge la figura de la autotutela<sup>447</sup> en su art. 42 donde contempla la posibilidad que cualquier persona mayor de edad podrá designar en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, en previsión de una eventual incapacidad, para que ejerzan el cargo de tutor, así como los posibles sustitutos de los mismos y las personas que deseen excluir del cargo (art. 42).

---

<sup>447</sup> Recordemos que esa figura viene regulada en los arts. 223 y 224 C.C. español.

Del mismo modo, en su art. 43, se establece que la persona interesada también podrá delegar en su cónyuge u otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en escritura pública. Nos encontramos, pues, ante una figura que goza de similitudes con la autotutela, si bien podrá trasladarse la decisión de designar en un futuro a una tercera persona, para que sea ésta quien decida en quién debe recaer el cargo de tutor, se trataría de una especie de “autotutela delegada”.

La mencionada Ley 2/2006, dentro de las facultades de disposición que se permiten al interesado en esta materia, contempla la posibilidad de fijar la retribución del futuro tutor y señalar las reglas generales de funcionamiento y contenido de la tutela prevista, en especial en lo que se refiere al cuidado de su persona, así como proponer medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar, además de las reglas para la administración de sus bienes.

El art. 45 del Código Civil gallego establece el carácter vinculante de las disposiciones realizadas por el interesado a los efectos de designación de tutor, salvo cuando el interés del interesado lo requiera, en cuyo caso podrá apartarse de dicha designación mediante resolución motivada. De este precepto también se desprende la preferencia de los intereses y el bien del interesado por encima de otra serie de circunstancias, criterio que, por otra parte, tampoco se aparta de la línea de nuestro Código Civil<sup>448</sup>.

---

<sup>448</sup> En este mismo sentido venía estableciéndose en el art. 224 C.C.

### **III. 5. 3.- Derecho civil navarro**

La Ley 1/1973, de 1 de marzo, aprueba la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra. En su Título III, *De la capacidad de las personas*, su Ley 50 establece la mayoría de edad en los dieciocho años, fijando en dicho momento el alcance de la capacidad plena.

El Título IV lo destina a lo que afecta a la capacidad de los cónyuges y en su Ley 62 se establece la aplicación supletoria del Código Civil, ya que dispone que en los casos de ausencia, incapacidad, prodigalidad o separación legal de los cónyuges, serán aplicables las disposiciones del Código Civil.

La legislación civil navarra, por tanto, no ofrece una regulación distinta ni paralela a la que ofrece nuestro Derecho civil común, sino que directamente se acoge a lo establecido en él en la materia objeto de este trabajo.

Por ello, en el Derecho civil foral navarro será de aplicación todo cuanto se ha expuesto respecto a la regulación ofrecida por nuestro Código Civil.

Para los supuestos de menores de edad en los que existan intereses contrapuestos entre los padres y los hijos bajo su potestad, se contempla, al igual que ocurre en el Derecho civil común el nombramiento de un defensor judicial.

La intervención de las personas mayores también adquirirá protagonismo en otras cuestiones que se susciten sobre interpretación, cumplimiento o incumplimiento de los derechos establecido en capitulaciones matrimoniales, testamentarias u otras disposiciones a favor de algunas personas, de vivir en la casa familiar, de ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad u otros similares, con o sin obligación de trabajar para la casa, y se estará a la disposición que conceda



tales derechos y a la costumbre del lugar (leyes 131 y 132) (Título XIV “Del acogimiento a la casa y de las dotaciones”).

Se acude al auxilio y buen criterio de la personas mayores a fin de someterles a consulta determinadas cuestiones relativas a los miembros de la familia.

### **III. 3. 4.- Derecho civil aragonés**

La regulación del Derecho civil Aragonés encuentra su principal exponente en Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona<sup>449</sup> como el antecedente legislativo más inmediato y completo previo a la publicación del vigente Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas.

Ahora bien aunque la mentada Ley 13/2006, actualmente se halle derogada consideramos interesante mencionar algunas cuestiones que la misma regulaba. Así tal como se ponía de manifiesto en el Preámbulo de dicha Ley en el Derecho aragonés histórico tuvo especial importancia la regulación de la capacidad de las personas en razón de la edad, como consecuencia de que en Aragón no tuvo entrada la patria potestad romana. De *consuetudine Regni non habemus patriam potestatem* es aforismo recogido en las Observancias<sup>450</sup> que no sólo expresa unas relaciones entre padres e hijos menores dirigidas al bienestar de los hijos, sino

---

<sup>449</sup> Actualmente derogada en cuanto tal por haber sido objeto de compilación, no tanto en cuanto a su contenido.

<sup>450</sup> Son las interpretaciones de los jueces en la aplicación de los Fueros de Aragón. Tienen carácter vinculante.

que, caso raro en Europa hasta la edad contemporánea, no conoce otras limitaciones a la capacidad de los sujetos que las necesarias para su protección por su minoría de edad o las graves dificultades para gobernarse por sí mismos.

Al no haber patria potestad, todos los aragoneses y aragonesas alcanzaban la plena capacidad de obrar al cumplir determinada edad, fijada en los Fueros más antiguos en los catorce años, y que se mantuvo así con el complemento de una protección a su inexperiencia hasta cumplir los veinte. Esta edad seguía contrastando con la de los veinticinco, que, procedente del Derecho romano, era la más habitual en la Península Ibérica y en Europa.

También, por no reconocerse la patria potestad, pudo admitirse que la madre mantuviera relaciones jurídicas con sus hijos idénticas a las del padre; así como que la madre, en los mismos casos que el padre, pudiera ser tutora de sus hijos al quedar viuda.

El sistema histórico, en definitiva, se adelantó en siglos a lo que hoy puede leerse en los Códigos de nuestro entorno. El legislador actual se encuentra con aquella realidad histórica y su plasmación en la Compilación de 1967<sup>451</sup>, que se aprobó por ley estatal de 8 de abril de 1967, a la vez que declaraciones internacionales y españolas establecen parámetros muy exigentes en el tratamiento de los derechos

---

<sup>451</sup> La Compilación supuso una renovación sustancial del Derecho aragonés, con ella se revisan los preceptos que recogía el Apéndice de 1925, y se ha trata de aproximar este Derecho especial al Derecho general. Sus normas han estado vigentes sin modificación hasta 1978 y, luego, con las modificaciones necesarias para adaptarlas al marco constitucional (ley de 1985), casi íntegramente hasta 1999. Siguen vigentes en las materias no abordadas por leyes posteriores, que pueden considerarse un desarrollo y profundización de las normas contenidas en la Compilación de 1967.

de las personas menores de edad o incapaces de obrar. No hay contradicción entre nuestro Derecho histórico y las concepciones del siglo XXI, sino que el desarrollo del Derecho aragonés enlaza con toda naturalidad con las más altas exigencias e ideales de la regulación del Derecho de la persona.

La Ley 13/2006 tiene como objeto el desarrollo de las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y de las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces hasta ahora contenidas en la Compilación y, como criterio, los principios más exigentes en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de la personalidad, sin olvidar sus antecedentes.

La edad de los catorce años, que en los Fueros de Aragón señalaba la mayoría de edad, determina en el Derecho vigente hasta aquel momento un cambio sustancial dentro de la minoría de edad de los sujetos. Dicha Ley, por ello, regula por separado la situación de la persona menor de edad según haya cumplido o no los catorce años.

Mientras que, para los menores que han cumplido catorce años (art. 21), la regla es que la intromisión de terceros en sus derechos de la personalidad depende exclusivamente de su voluntad, si bien, cuando su decisión suponga un grave riesgo para su vida o su integridad física o psíquica, necesitará adicionalmente la autorización de uno cualquiera de sus padres que estén en el ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. Contra la voluntad del mayor de catorce años únicamente será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. Si no está en condiciones de decidir sobre la intromisión

(contra la presunción del art. 31<sup>452</sup>), ésta solo será posible cuando lo exija el interés del menor, apreciado por uno de sus padres o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

En las leyes civiles aragonesas hay numerosas referencias a las personas incapaces y a las incapacitadas, así como, en el Derecho histórico, una regulación de la tutela y la curatela que las incluía. La Ley 13/2006, en el Capítulo II del Título I, dedicado a la incapacidad e incapacitación, se propone superar las dificultades conocidas de armonización de las leyes estatales sobre la materia con las normas y principios del Derecho aragonés sobre capacidad de las personas, autoridad familiar y tutela. En lo demás seguirá aplicándose como supletorio el Derecho general del Estado.

Merece resaltarse la presunción de capacidad sentada en el art. 31, que viene referida a toda persona mayor de catorce años no incapacitada judicialmente, de manera coherente con la ausencia de representación legal a partir de esta edad y la posibilidad de realizar por sí (con la necesaria asistencia según los casos) toda clase de actos y contratos.

Para las personas mayores no incapacitadas que no estén en condiciones de decidir por sí mismas se prevé un cauce relativamente flexible para permitir intromisiones en los derechos de la personalidad, que requiere el consentimiento del cónyuge no separado judicialmente o de hecho o, en su defecto, del pariente

---

<sup>452</sup> Art. 31: “*Presunción de capacidad. 1. La capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitada se presume siempre. 2. Se presume también su aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario*”.

más próximo o allegado que se ocupe de él, y a falta de tales personas resolverá el Juez lo que estime más conveniente para este.

Para permitir el internamiento o la permanencia en un determinado centro contra su voluntad se requiere siempre autorización judicial (arts. 32 y 33).

El art. 34 viene a llenar un vacío legal al precisar el tipo de invalidez de los actos realizados por personas no incapacitadas en situación (duradera o transitoria), en la que carecían de aptitud para entenderlo y quererlo. Los actos de los mayores de catorce años no incapacitados que en el momento de su celebración carezcan de la suficiente aptitud para entenderlo y quererlo será inválido. Se establece que el acto será anulable, mientras no sea confirmado, a petición del representante legal si llegara a haberlo, hasta que el interesado pueda anularlo por sí mismo, por quienes puedan anularlo, así como a petición del propio interesado, en su caso con la debida asistencia, siempre dentro del plazo de cuatro años, -igual que ocurre en nuestro C.C.-, desde que hubiera recobrado sus facultades o podido celebrar el acto sin asistencia o, en su defecto, desde su fallecimiento.

El acto será anulable, mientras no sea confirmado por quienes puedan anularlo:

- A petición del representante legal si llegara a haberlo, hasta que el interesado pueda anularlo por sí mismo.
- A petición del propio interesado, en su caso con la debida asistencia.
- La acción prescribirá a los cuatro años desde que hubiera recobrado sus facultades o podido celebrar el acto sin asistencia o, en su defecto, desde su fallecimiento.

No obstante, el acto será nulo si vulnera leyes que exigen una capacidad específica, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto.

La Ley 13/2006 optaba por la anulabilidad porque trata de proteger intereses particulares, precisando, tal como hemos indicado, los aspectos de legitimación y prescripción, salvo que el acto, además, vulnere otras leyes.

Las causas de incapacitación previstas en el art. 35 no se apartan de las hasta entonces establecidas, es decir, las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (apartado 1), excepto por lo que se refiere a la prodigalidad: el Derecho histórico la excluía como causa autónoma (*por costumbre del Reino no se da curador al que dilapida o disipa sus bienes, a no ser que además sea mentecato y privado de razón: Observancia. 7.<sup>a</sup> De tutoribus*) y esto mismo expresa el apartado 3 del art. 35 al establecer que no tendrá otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del primer apartado del art. 35, es decir, cabe incapacitar (para protegerlo, como en los demás supuestos de incapacitación) al que dilapida sus bienes cuando por enfermedad o deficiencia psíquica no pueda gobernarse por sí mismo, pero no sin este presupuesto, de forma que no podrá limitarse su capacidad de obrar en el ámbito patrimonial como medida protectora de intereses ajenos, tal como, en su ámbito de aplicación establece el C.C., cuando su actuación no le impida gobernarse por sí mismo.

La Ley estatal 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se aplica en Aragón en lo necesario -pues buena parte de su contenido de Derecho civil era ya posible en Aragón en virtud del principio

*standum est chartae*- y así prevé el art. 37 que siga siendo en adelante, con pequeñas adaptaciones.

El Derecho histórico aragonés contenía un sistema propio de instituciones tutelares, completado, como en otros países, con los principios del Derecho común europeo.

Es de señalar que la tutela de los menores podía coexistir con la autoridad de los padres, aún viviendo ambos, pues, como ya se ha dicho, la autoridad de éstos operaba en el terreno de las relaciones personales. La tutela era únicamente dativa y testamentaria, - no contempla la tutela legítima-, pues la Observancia. 9.<sup>a</sup> *De tutoribus*, establecía que nadie fuera admitido como tutor si no estaba designado por el Juez o el testador.

El sistema tutelar propio del Derecho aragonés fue erosionado por las Leyes de enjuiciamiento civil (1855 y 1881) y, luego, por el Código Civil, situación en la que llegó al Apéndice de 1925<sup>453</sup>.

Sin embargo, tanto los proyectos de Apéndice (1899 y 1904) como el Anteproyecto del Seminario de la Comisión compiladora que preparó la

---

<sup>453</sup> Representó la primera codificación moderna del Derecho aragonés, y la primera de un Derecho histórico español, establecía la idea de un administrador o tutor real o designado por el transmitente de bienes gratuitamente al menor o incapacitado (art. 3-2º). El legislador de 1925 regulaba sólo aspectos muy concretos de la tutela (arts. 8 y 9). El nombramiento de tutor hecho por el padre o por la madre y el establecido en estipulaciones matrimoniales no caducarán aunque la persona nombrada contraiga ulteriores nupcias. Por otra parte, establece que puede ser nombrada tutora o protutora la mujer que tiene administración de sus propios bienes; pero, con excepción de los casos que se rigen por el art. anterior, si después del nombramiento, siendo soltera o viuda, contrae matrimonio cesará en el cargo, salvo acuerdo en contrario del Consejo de Familia.

Compilación de 1967 replantearon toda la materia inspirándose de una parte en el Derecho histórico y atentos, de otra, a las necesidades sentidas en cada momento por la sociedad. Esta línea sigue la Ley 13/2006, que viene a sustituir a una regulación fragmentaria que ofrecía muchas dudas de interpretación y, sobre todo, de integración con las normas supletorias del Código Civil, que responden a principios parcialmente distintos y, por ello, inadecuados.

El Título III de la Ley se ocupa de las relaciones tutelares en toda su amplitud, referidas tanto a menores como a incapacitados. Regula la tutela, la curatela y el defensor judicial como instituciones tutelares, así como la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela como instituciones complementarias de las anteriores. También posibilita el nombramiento de administrador de bienes (coexistente con los padres o el tutor) por quien disponga de tales bienes a título gratuito a favor del menor o incapacitado.

En general, el sistema no se aparta en los rasgos esenciales del hasta ahora conocido, de modo que puede considerarse de *tutela de autoridad*, puesto que todas las funciones tutelares están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y se ejercerán bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, pero se potencia la autonomía de los particulares tanto en la delación como en la determinación de las reglas por las que cada tutela haya de regirse y se acentúan los rasgos familiares.

Se admite la *autotutela*, es decir, que cualquier persona mayor de edad y capaz, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá en escritura pública designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes para cuando esté incapacitado, incluido un mandato a tercero que no se extinga por su incapacidad sobrevenida o



su incapacidad (art. 95). Conviene recordar que, de acuerdo con el art. 757 de la Ley de enjuiciamiento civil, también podrá promover, en su momento, su propia incapacidad.

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

A la curatela, objeto del Capítulo V, pueden estar sujetos los emancipados, así como los incapacitados en el caso de que así lo determine la sentencia de incapacidad. No hay una curatela para los pródigos, puesto que no cabe incapacitar a nadie o restringir su capacidad de obrar por esta causa como causa autónoma, sino que queda integrada como una causa más de incapacidad, la conducta propia de quien dilapida sus bienes cuando por enfermedad mental o deficiencia psíquica sea incapaz de gobernarse por sí mismo. Respecto de los emancipados (huérfanos, en el supuesto más frecuente), sólo se constituirá la curatela a instancia de éstos, pues su cometido es únicamente la intervención o asistencia del curador en los actos que los emancipados no pueden realizar por sí solos (art. 135). La de los incapacitados tiene el contenido que determine la sentencia de incapacidad, de manera que tanto puede limitarse al ámbito personal como incluir poderes de representación, si bien el parámetro supletorio

es la situación de un menor mayor de catorce años, criterio aplicable también a la prestación de la asistencia.

La guarda de hecho (Capítulo. VII) es definida por las notas de iniciativa propia y transitoriedad en el hecho de ocuparse de la guarda de una persona y, desde el punto de vista subjetivo, por la posibilidad de que el guardador sea persona física o jurídica y el guardado necesariamente menor o incapacitado que se encuentren en situación de desamparo, o persona que podría ser incapacitada. El guardador está obligado a poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal, y la autoridad judicial cuenta con las necesarias facultades para requerir información y establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

El vigente Código del Derecho Foral de Aragón, Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, fue aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón (BOA núm. 63 de 29 de marzo de 2011). Según se establece en la parte introductoria II del mencionado Decreto Legislativo, la instauración del Estado autonómico supuso la apertura de una nueva etapa para el Derecho foral aragonés, símbolo de nuestra identidad originaria. Aragón recuperaba su capacidad para legislar en materia de Derecho civil propio, en el marco de lo dispuesto en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía. La tarea legislativa de conservar, modificar y desarrollar el Derecho aragonés, así como la de aprobar el Derecho procesal derivado de las particularidades del Derecho sustantivo aragonés, corresponde a las Cortes de Aragón, de acuerdo con el art. 149. 1. 8<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup> de la Constitución, en la amplia interpretación avalada por el Tribunal Constitucional, señaladamente en su Sentencia 88/1993, de 12 de marzo.

Tras asumir estas competencias en el art. 35. 1. 4 del Estatuto de Autonomía de 1982<sup>454</sup>, la primera actuación de las Cortes de Aragón fue la promulgación de la Ley 3/1985, de 21 de mayo, para integrar en el ordenamiento jurídico aragonés la Compilación de 1967, así como para actualizarla con arreglo a los nuevos principios constitucionales de igualdad entre los cónyuges y no discriminación entre los hijos por razón de la filiación. Con posterioridad a ésta, hubo dos reformas de detalle, la Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de hijos adoptivos, y la Ley 4/1995, de 29 de marzo, sobre modificación de la Compilación del Derecho civil de Aragón y de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma en materia de sucesión intestada.

La renovación sistemática del Cuerpo legal del Derecho civil de Aragón contenido en la Compilación es desde la aprobación de la Ponencia General de la Comisión Aragonesa de Derecho civil de 1996 un objetivo necesario de la política legislativa de la Comunidad. Esta tarea de largo aliento la inicia en 1999 la Ley de Sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999, de 24 de febrero), que deroga el Libro Segundo de la Compilación. La Compilación entonces vigente, originada hacía ya más de treinta años en circunstancias muy distintas de las de aquel momento, a pesar de su notable altura técnica y de su acierto en la conservación de las instituciones del Derecho civil aragonés para las generaciones futuras,

---

<sup>454</sup> Aquí resulta apropiado puntualizar que este Estatuto de Autonomía fue aprobado por la Ley, Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, y al mismo tiempo aclarar que su vigencia finalizó el 23 de abril de 2007, ya que fue sustituido por la Ley Orgánica 5/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, de 20 de abril (B.O.E número 97, de 23 de abril de 2007), y la rectificación de errores de este último fue publicada en el B.O.E. número 294, de 8 de diciembre de 2007.

resultaba insuficiente y parcialmente inadecuada para las necesidades y expectativas de los aragoneses.

De hecho continúa en su apartado V afirmando que la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, que tiene como objeto el desarrollo de las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y de las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces hasta entonces contenidas en la Compilación, es la tercera Ley que de forma sistemática desarrolló el Derecho civil aragonés.

La disposición derogatoria única de la Ley de 2006 privó de vigencia al Libro Primero («Derecho de la persona y de la familia») de la Compilación del Derecho civil de Aragón en su totalidad. En consecuencia, al entrar en vigor esta Ley, la Compilación quedó reducida a su fundamental Título Preliminar, sobre «Las normas en el Derecho civil de Aragón», y dos breves Libros, el Tercero y el Cuarto, con algunos preceptos sobre Derecho de bienes y Derecho de obligaciones, respectivamente.

Como en las otras dos leyes autonómicas antes mencionadas, y a diferencia de la Compilación, las normas de la Ley de Derecho de la persona no se presentan como peculiaridades o excepciones, sino que expresan suficientemente el sistema y sus principios generales, a la vez que atienden a concreciones y pormenores hasta entonces no reflejados en las leyes y que resultan muy convenientes para precisar el alcance práctico de los preceptos.

El Preámbulo del Código tras efectuar un recorrido por el Derecho aragonés histórico dentro del Derecho de la Persona puntualiza que la nueva regulación del

Derecho de la persona tiene como objeto el desarrollo de las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y de las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces anteriormente contenidas en la Compilación, y, como criterio, los principios más exigentes en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de la personalidad, sin olvidar el Derecho histórico en lo mucho que tiene de actual y enriquecedor. También se ocupa el Libro Primero de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. El Libro Primero se estructura en cuatro Títulos: el Primero se ocupa de la capacidad y estado de las personas; el II, de las relaciones entre ascendientes y descendientes; el III, de las relaciones tutelares, y el IV, de la Junta de Parientes. Como puede verse, las rúbricas siguen casi exactamente las de los correspondientes Títulos del Libro Primero de la Compilación, lo que es buena muestra de la continuidad con el Derecho anteriormente vigente. La técnica legislativa, sin embargo, es distinta de la de la Compilación, pues son visibles la intención sistemática, la enunciación de principios y la regulación más detallada.

Respecto a la incapacidad e incapacitación el Preámbulo de dicho texto se pronuncia exponiendo que en las leyes civiles aragonesas anteriores a la nueva regulación había numerosas referencias a las personas incapaces y a las incapacitadas, así como, en el Derecho histórico, una regulación de la tutela y la curatela, tal y como hemos indicado con anterioridad.

Tal como hemos señalado las causas de incapacitación previstas en el art. 35 no se apartan de las hasta ahora establecidas, excepto por lo que se refiere a la prodigalidad. El Derecho histórico la excluía como causa autónoma (*“por costumbre del Reino no se da curador al que dilapida o disipa sus bienes, a no*

*ser que además sea mentecato y privado de razón*”: Observancia. 7.<sup>a</sup> *De tutoribus*) y esto mismo expresa el apartado 3 del art. 35.

La prórroga y la rehabilitación de la autoridad familiar estaban admitidas en Aragón, adaptando en lo necesario las prescripciones del Código sobre la patria potestad, como muestra la referencia textual en los arts. 31 y 51 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999. Los arts. 38 a 42 e la Ley de Derecho de persona, y ahora los arts. 41 a 45 de este Código, completan y aclaran tanto los supuestos en los que procede como el régimen de la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada, así como las causas de su extinción.

El Título Primero (“De la capacidad y estado de las personas”) consta de tres Capítulos: Primero, “*Capacidad de las personas por razón de la edad*”; II, “*Incapacidad e incapacitación*”, y III, “*Ausencia*”.

El capítulo II, dedicado a la *Incapacidad e incapacitación*, comprende los arts. 31 a 42 de dicho Texto, siendo la Sección primera de dicho Capítulo la que se ocupa de *La persona incapaz y la incapacitada* (arts. 31 a 37).

De conformidad con el art. 31 la capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitada se presume siempre. Al igual que se presume también su aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario.

En el art. 32 se protege al incapaz de la intromisión en sus derechos de la personalidad. Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del mayor de edad no incapacitado que no esté en condiciones de decidirla por sí

mismo requiere el consentimiento del cónyuge no separado judicialmente o de hecho o, en su defecto, del pariente más próximo o allegado que se ocupe de él. A falta de tales personas resolverá el Juez lo que estime más conveniente para éste.

El internamiento aparece regulado en el art. 33, de conformidad con el cual, para internar a una persona contra su voluntad en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o en un centro residencial que comporte privación de libertad, se necesita autorización judicial. Nadie podrá ser obligado a permanecer internado, salvo si media autorización judicial en tal sentido.

Tal como ya hemos avanzado, los presupuestos para la incapacitación aparecen regulados en el art. 35, que establece que nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado. Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. La prodigalidad no tendrá otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del apartado anterior. El menor de edad podrá ser incapacitado cuando concurra en él causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.

El art. 36 hace referencia a la capacidad del incapacitado. A salvo lo previsto en la sentencia de incapacitación o en la ley para casos concretos, se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, al incapacitado menor de edad, así como al mayor sujeto a tutela o autoridad familiar, las reglas sobre capacidad del menor que no ha

cumplido los catorce años y al sujeto a curatela las del menor que los ha cumplido ya.

El art. 37 se ocupa de la regulación de un patrimonio especial de las personas con discapacidad. La regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad será de aplicación preferente a lo dispuesto en este Capítulo y en el Título III de este Libro sobre los efectos de la incapacitación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, también podrán constituir un patrimonio protegido las otras personas con autoridad familiar. Asimismo, cuando el constituyente del patrimonio protegido no sea el propio beneficiario del mismo, para su administración será necesaria autorización de la Junta de Parientes o del Juez en los mismos supuestos en los que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a lo dispuesto en este Libro. La autorización no será necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.

### **III. 5. 5.- Derecho civil en la Comunidad Valenciana**

Con carácter previo a proceder a mencionar la actual regulación de la Comunidad Valenciana en materia de tutela hemos considerado de interés efectuar alguna breve mención a nuestro derecho histórico y al tratamiento que se efectuaba en alguna de estas instituciones. Por ello realizaremos una breve acotación a su regulación en los *Furs*, apoyándonos para ello en la visión que nos ofrece Marzal Rodríguez<sup>455</sup>.

---

<sup>455</sup> MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*, (Valencia 1998), pp. 250-251.



Como hemos estado viendo y puesto de manifiesto a lo largo de la elaboración de este trabajo la tutela y la curatela son instituciones propias del derecho de familia. Y tanto la tutela como la curatela son instituciones que pretenden completar la capacidad de obra de una persona: la primera del impúber, la segunda del adulto loco o pródigo. A decir de Marzal Rodríguez<sup>456</sup> sus diferencias no lo son tanto en su régimen jurídico, sino en la persona que se beneficia de una u otra, y que por ello, las formas de designación de los tutores y curadores, sus facultades y obligaciones se aplican indistintamente a unos y otros. Este autor se plantea que quizá sea ésta la razón por la que doctrinalmente se acepta sin dificultad que el tutor nombrado en testamento, desde el momento en que el menor cumpla los quince años, se convierte en su curador y que este hecho se ha plasmado en la práctica testamentaria mediante una cláusula que designa tutor y curador en el mismo acto, y que estos nombramientos suelen decir una fórmula del tipo *nomene en tudiu y curadiu a...*<sup>457</sup>.

Sostiene Marzal Rodríguez<sup>458</sup> que la anterior equiparación se remonta ya en los *Furs*, donde la regulación de ambas figuras aparecía bajo la rúbrica “*De tudoria que será donada en testament o sens testament*” y que de hecho aparece expresamente en el *fur* 38 de ésta en el que se establece que la administración de la cura del loco o prodigo se efectúe *com és stablit e dit en tudors*<sup>459</sup>. A decir de

---

<sup>456</sup> MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El derecho de sucesiones en la Valencia foral*, cit., p. 250.

<sup>457</sup> Vid. cita nº 322 de MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El derecho de sucesiones en la Valencia foral*, cit., p. 250.

<sup>458</sup> MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El derecho de sucesiones en la Valencia foral*, cit., p. 250.

<sup>459</sup> *Fori* 5.6.38, fol., según cita nº 323 de MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El derecho de sucesiones en la Valencia foral*, cit., p. 250.

Marzal Rodríguez, la doctrina, entre los que se encuentra Bas<sup>460</sup>, también sigue este tratamiento, quien las analiza en un capítulo que denomina “*De curatore minori dando ad regenda et administranda bona*”. De esta forma no resulta extraño que los términos tutela y curatela se empleen, muchas veces, indistintamente. De hecho el mismo Bas, hablando del nombramiento de tutor efectuado por la madre, le aplica un *fur* que regula este supuesto para la curatela.

Afirma Marzal Rodríguez<sup>461</sup> que, en el derecho valenciano, la tutela perdura hasta los quince años, mientras que la curatela alcanza hasta los veinte, con la salvedad de los supuestos de curatela efectuada al orate o al pródigo, en cuyos supuestos se mantiene mientras dure la enfermedad o no exista declaración judicial en contrario.

Marzal Rodríguez<sup>462</sup> pone de relieve que tanto unos como otros pueden ser nombrados en testamentos o codicilos, si bien remarca que los *Furs* otorgan preferencia al a tutela o curatela testamentaria frente a la dativa, que será asignada por la corte de la Justicia Civil, y que queda claramente plasmada en la frase “*habenti tutorem, tutor dari non potest*”. De esta forma, si existe la tutela dativa el juez carece de competencia para el nombramiento, salvo justa causa, como la puede constituir el fallecimiento de quien hubiere sido designado, su renuncia, o ser *persona sospitosa*. Aunque la doctrina también advierte que todas las personas no pueden nombrar tutor en su testamento o codicilo. De esta forma, el padre sí puede hacerlo a su hijo, tanto si se encuentra bajo su patria potestad como si no lo

---

<sup>460</sup> BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae forentisis valentianae romarum juri*, 31. 12, (1757) fol.8.

<sup>461</sup> MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El derecho de sucesiones en la Valencia foral*, cit., p. 250.

<sup>462</sup> MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El derecho de sucesiones en la Valencia foral*, cit., p. 251.

está, y con independencia de si lo instituye heredero o no, lo que implica que podrá efectuar dicho nombramiento incluso si lo deshereda. También podrán nombrar tutor a su nieto o biznieto el abuelo o bisabuelo paterno.

Sin embargo, señala Marzal Rodríguez<sup>463</sup> que, en virtud de disposición foral, en el caso de la mujer únicamente podrá nombrar tutor a su hijo en el supuesto en el que lo instituya heredero. En el caso de la mujer, la doctrina considera que, a diferencia de lo que ocurría con el padre que podía nombrar tutor a su hijo incluso en el supuesto en el que llegara a desheredarlo, no ocurre igual con la mujer, ya que en interpretación del *fur* parece que no puede realizar tal designación cuando hubiere desheredado a su hijo o se limitara a otorgarle algún legado. Pero tal como plantea Marzal Rodríguez en los casos en los que a pesar de la prohibición legal la mujer procediera a realizar dicho nombramiento, si bien en un principio se consideraba que no era válida, existe la posibilidad de admitir la validez de dicha designación siempre y cuando fuese confirmada por la justicia civil. Confirmación que evidentemente cuando los hubiere instituido herederos se tornaba en innecesaria.

A continuación y una vez efectuada una breve mención a la figura de la tutela en los *Furs*, vamos a proceder a abordar el tratamiento que la normativa reciente de la Comunidad Autónoma Valenciana nos ofrece en materia de Tutelas y Defensa Judicial de incapacitados.

En primer lugar debemos tener en cuenta que aunque con carácter general en la Comunidad Autónoma Valenciana rige el Derecho común, no es menos cierto

---

<sup>463</sup> MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El derecho de sucesiones en la Valencia foral*, cit., p. 251.

que, tal y como ha ocurrido en otras Comunidades Autónomas, se han publicado una serie de normas en materia de Tutelas e incapaces en determinados supuestos.

En este sentido algunas de las principales normas a las que podemos hacer referencia son las siguientes:

- Decreto 142/1992, de 30 de julio, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados (publicado en D.O.C.V. núm. 1840, de 5 de agosto de 1992)<sup>464</sup>, actualmente derogado por el Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Gobierno Valenciano.
- Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Gobierno Valenciano, de ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados (publicado en D.O.C.V. núm. 3392, de 14 de diciembre de 1998)<sup>465</sup>.
- Decreto 59/2000, de 25 de abril, del Gobierno Valenciano, por el que se modifica el Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Gobierno Valenciano, de Ordenación de la Comisión Valenciana (publicado en D.O.C.V. núm. 3743 de 5 de mayo de 2000)<sup>466</sup>.
- Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad (publicado en D.O.C.V. núm. 4479, de 11 de abril de 2003 y B.O.E. núm. 122, de 22 de mayo de 2003).

---

<sup>464</sup> Ref. Base Datos 1971/1992 D.O.C.V.

<sup>465</sup> Ref. Base Datos 3035/1998 D.O.C.V.

<sup>466</sup> Ref. Base Datos 1430/2000 D.O.C.V.

- Decreto 136/2011, de 30 de septiembre, del Consell, por el que se modifica el Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, de ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados. (D.O.C.V. núm. 6622, de 4 de octubre de 2011)<sup>467</sup>.

En virtud del decreto 142/1992, de 30 de julio, del Gobierno Valenciano, que entró en vigor el 5 de agosto de 1992, se crea la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados.

Las crecientes responsabilidades de la Generalitat Valenciana en el ejercicio de funciones tutelares sobre personas incapacitadas exige la formación de un órgano que permita coordinar los distintos recursos públicos existentes y aunar los criterios de los diversos departamentos implicados, en orden a proveer un ejercicio correcto de las funciones protectoras garantizando, en todo momento, los derechos de las personas sometidas a tutela y la adecuación jurídica de las medidas que se adopten.

En función de esta necesidad se aprobó el Decreto 142/1992, en virtud del cual se acuerda crear la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados, como órgano interdepartamental bajo la dependencia de la Consellería de Trabajo y Asuntos Sociales, a la que se le atribuye el ejercicio de las siguientes funciones (art. 1):

- Las correspondientes al tutor de los incapacitados mayores de edad, cuando en la resolución judicial tal función recaiga en la Generalitat Valenciana o en alguna de sus entidades.

---

<sup>467</sup> Ref. Base Datos 0100070/2011 D.O.C.V.

- La defensa judicial de los incapacitados, en los casos en que tal designación recaiga en la Generalitat Valenciana o en alguna de sus entidades.
- El ejercicio de cuantas otras funciones en materia de protección y defensa de incapacitados le sean encomendadas por resolución judicial.

La configuración de los miembros de la Comisión se establece en su art. 2.

Las normas que debían regir el funcionamiento de la Comisión se establecían en el art. 3, en relación con los arts. 4, 5 y 6.

Este Decreto cesó su vigencia el 14 de enero de 1999, tras la publicación del Decreto 192/1998, de 30 de noviembre.

El Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Gobierno Valenciano, de ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados.

La Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados es un órgano de carácter interdepartamental, dependiente, en el momento de su creación, de la Conselleria de Trabajo y Asuntos Sociales, cuya regulación está recogida en el Decreto 142/1992, de 30 de julio, del Gobierno Valenciano, con funciones en el ejercicio de aquellos cargos tutelares asignados por los órganos judiciales sobre personas presuntamente incapaces o personas declaradas incapacitadas por resolución judicial.

La actual estructura del Gobierno Valenciano y la creación de la Conselleria de Bienestar Social, cuyo Reglamento Orgánico y Funcional fue aprobado por el Decreto 37/1997, de 26 de febrero, del Gobierno Valenciano, departamento que

asume las competencias que en materia de acción social tenía asignadas la anterior Conselleria de Trabajo y Asuntos Sociales, hace necesario una ordenación de aquellos órganos interdepartamentales que actúan bajo su dependencia. Además, la experiencia acumulada en los años de funcionamiento de esta Comisión evidencia la necesidad de actualizar la regulación de dicho órgano, y la subsanación de lagunas y deficiencias.

El incremento de los cargos tutelares asignados por todos los órganos judiciales de la Comunidad Valenciana, especialmente la designación de la Generalitat Valenciana como defensora judicial de presuntos incapaces en procesos declarativos ordinarios de menor cuantía de incapacitación, con fundamento en el art. 207 del Código Civil, las administraciones cautelares de bienes ordenadas como medida protectora del patrimonio del presunto incapaz, y el incremento de cargos de tutor y curador ante la ausencia o inhibiciones de familiares, motiva la necesidad de ordenación de este órgano colegiado ampliando o sustituyendo los miembros de su composición, de forma que todas las entidades públicas con responsabilidad y departamentos implicados estén presentes en la toma de decisiones y planificación de la actividad de este órgano. Por otra parte, la ordenación de estructuras funcionales que ejerciten debidamente estas responsabilidades y coordinen los recursos existentes o procuren aquellos necesarios para un ejercicio adecuado, hace conveniente la disposición de equipos técnicos centralizados en el ámbito provincial, que coordinen su actividad con las áreas de atención primaria, tanto de servicios sociales como de salud, dotando para ello a los servicios territoriales correspondientes de los medios materiales y personales necesarios para un adecuado ejercicio de los cargos que se asuman.

En el art. 1 de este Decreto 192/1998, se fija la competencia de la Comisión y se configura la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados, como un órgano de carácter interdepartamental, sin personalidad jurídica propia, dependiente de la Consellería de Bienestar Social, es el órgano encargado de la vigilancia y la coordinación de los recursos públicos existentes y de los diversos departamentos implicados, para un ejercicio correcto de los cargos tutelares que sean asignados a la Generalitat Valenciana por los órganos judiciales de la Comunidad Valenciana, respecto de personas mayores de edad residentes en la misma.

Las funciones de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados vienen establecidas en su art. 2, donde se fijan como funciones de la misma:

- Proponer la coordinación de los recursos existentes de las distintas Administraciones públicas y departamentos implicados, con la finalidad de lograr un mayor aprovechamiento y eficacia en la utilización de los mismos.
- Instar a las diferentes instituciones, organismos o entidades, a la creación de nuevos recursos, en caso de ponerse de manifiesto la insuficiencia de los existentes o de identificarse necesidades no cubiertas por los servicios ya creados.
- Establecer directrices de actuación de los equipos técnicos de las Direcciones Territoriales de Bienestar Social, en el ejercicio de los cargos tutelares.



- Adoptar o proponer a los órganos competentes cuantas medidas tengan relación directa con las funciones que la Comisión tiene encomendadas.
- Instar a los órganos competentes la formalización de Protocolos o Convenios de colaboración con instituciones públicas o privadas para el cumplimiento de sus fines, siempre que la suscripción de los mismos sea posible de acuerdo con la normativa vigente.
- Promover el desarrollo normativo en las materias relacionadas con el objeto del presente Decreto. A tal efecto, la Comisión podrá proponer al Gobierno Valenciano las medidas que considere más adecuadas para el eficaz cumplimiento de los objetivos, así como exponer las necesidades presupuestarias o económicas imprescindibles o convenientes para tal fin.

La composición de Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados se regula en el art. 3.

El funcionamiento de la Comisión se regirá por las normas establecidas en los arts. 4 y 5.

Su art. 6 se refiere a la asunción de cargos titulares, se establece que la representación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados la ejercerá el director o la directora Territorial de la Consellería de Bienestar Social, dentro de su respectivo ámbito territorial, quien asumirá aquellos cargos que le asignen los órganos judiciales de la Comunidad Valenciana, previo estudio por el equipo técnico correspondiente. Asumirá, en nombre de la Generalitat Valenciana, los cargos que sean asignados al ente autonómico por los órganos judiciales de la Comunidad Valenciana, de personas presuntas incapaces en procesos de incapacidad, y de personas judicialmente incapacitadas carentes

de familiares que puedan asumir el cargo, así como de aquellas cuyos familiares, obligados a la delación del mismo, hayan excusado el cargo de conformidad con lo que establece la legislación civil vigente.

Asimismo, también se asumirán los cargos en los supuestos de desaparición o remoción del cargo tutelar cuando éste fuere ejercido por persona física o jurídico-privada, y siempre que no exista otro ente público que, por su competencia y relación con el incapaz, pudiere ejercer el cargo.

La aceptación de los cargos se realizará en nombre de la Generalitat Valenciana, único ente con personalidad jurídica para la asunción de los cargos tutelares. La consellera de Bienestar Social, en su calidad de presidenta de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados, podrá, por razones de agilidad y eficacia, y a petición de la Dirección General de Servicios Sociales, habilitar al personal del equipo técnico para la aceptación, en representación de la Generalitat Valenciana, de cargos referentes a presuntos incapaces, en los procedimientos judiciales de incapacitación.

En el art. 7 se configura la constitución de la creación de una Unidad Técnica de Tutelas, que ordenará y ejecutará directamente las funciones de representación y de administración derivadas del ejercicio de los cargos tutelares, tanto en la esfera personal y asistencial como en la patrimonial, y se coordinarán con los equipos de las áreas de salud, equipos municipales de servicios sociales y demás organismos y centros del lugar de residencia de la persona sujeta a cargo tutelar.

Al mismo tiempo se configura por parte de la Dirección General de Servicios Sociales el seguimiento de la actuación de las Unidades Técnicas de Tutelas

existentes en cada Dirección Territorial de Bienestar Social; asimismo prestará el apoyo técnico necesario, tanto a la Comisión como a las Unidades Técnicas de Tutelas (art. 8).

Decreto 59/2000, de 25 de abril, del Gobierno Valenciano, por el que se modifica el Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Gobierno Valenciano, de Ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados.

Como consecuencia del Decreto 25/1997, de 22 de febrero, del Gobierno Valenciano, sobre número y denominación de las consellerias, y del Decreto 4/1997, de 26 de febrero, del presidente de la Generalitat Valenciana, sobre asignación de competencias a la Presidencia de la Generalitat Valenciana y a las demás consellerias, se creó la Conselleria de Bienestar Social, que vino a asumir las competencias que en materia de acción social ejerció con anterioridad la Conselleria de Trabajo y Asuntos Sociales. A su vez, el Decreto 37/1997, de 26 de febrero, del Gobierno Valenciano, aprobó el Reglamento Orgánico y Funcional de la Conselleria de Bienestar Social. Todas estas circunstancias dieron lugar a la necesidad de modificar el Decreto 142/1992, de 30 de julio, del Gobierno Valenciano, por el que se creó la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados. Éste fue derogado por medio del Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Gobierno Valenciano, de Ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados.

No obstante, dado que por medio del Decreto 80/1999, de 23 de julio, del Gobierno Valenciano, por el que se determina el número y denominación de las consellerias, se ha operado una reestructuración de las mismas, y que a través del

Decreto 127/1999, de 17 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Conselleria de Bienestar Social, se ha producido una importante reestructuración de la Conselleria, se hace necesario, a su vez, realizar pequeñas adaptaciones en la composición de la comisión precitada para ajustarla a la nueva situación organizativa de la administración de la Generalitat Valenciana.

Mediante este decreto, que consta de un art. único, se procede a modificar el art. 3 del Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Gobierno Valenciano, de Ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados, de tal forma que dicho art. 3 referido a la composición de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados.

Otra norma publicada por la Comunidad Autónoma Valenciana sobre personas con discapacidad es la Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre Estatuto de las Personas con Discapacidad (publicado en el DOCV, núm. 4479, el 11 de abril de 2003 y en el B.O.E. núm. 122 de 22 de Mayo de 2003). Esta Ley entró en vigor el 12 de abril de 2003.

En el Preámbulo de dicha Ley se pone de relieve que son numerosas las declaraciones que desde el ámbito internacional se han formulado con el fin de garantizar que las personas con discapacidad disfruten de los mismos derechos que el resto de la ciudadanía. También en el ámbito de la unión europea. La carta social europea y distintas recomendaciones, resoluciones y programas, han tratado de concienciar a los gobiernos sobre los graves problemas sociales, económicos, educativos, sanitarios y de accesibilidad a la vivienda y al empleo que afectan a las personas con discapacidad.

La Constitución española, en su art. 9. 2 impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integran sean reales y efectivas, de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y de facilitar la participación de toda la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social. Asimismo, el art. 49 de la carta magna obliga a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con deficiencias físicas, sensoriales y psíquicas a las que prestarán la atención especializada que requieran y ampararán el disfrute de los mismos derechos que el resto de la ciudadanía.

En este sentido, la ley aborda un enfoque integral del estatuto jurídico de las personas con discapacidad, incorporando la idea de que el ejercicio de los derechos debe ser efectivo para todas las personas, supliendo las carencias y necesidades de los grupos sociales más vulnerables. Se incorpora así, a las políticas sociales valencianas, el concepto de «desarrollo humano», recogido en el Informe 2000 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y en el Informe del Club de Roma sobre Desarrollo Humano y Discapacidad.

Asumiendo la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, aprobada en mayo de 2001, por la Organización Mundial de la Salud, en la que se tomó la decisión de reemplazar los conceptos «deficiencia», “discapacidad” y “minusvalía” ésta ley ha optado por utilizar el término discapacidad, como un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. No obstante, dentro de las personas con discapacidad, la ley distingue entre aquellas que necesitan o no apoyo

generalizado. La discapacidad con necesidad de apoyo generalizado supone una forma especialmente agravada de la discapacidad, en la medida en que la situación de desventaja es tan importante que estas personas requieren de una asistencia o ayuda de terceras personas para el desempeño de las actividades más elementales de su vida diaria, lo que justifica un nivel de protección más intenso.

Dentro del articulado de la Ley destacamos el contenido del art. 43, pues es el que viene referido a la tutela de las personas incapacitadas judicialmente.

De conformidad con dicho art. la Administración de la Generalidad Valenciana apoyará y dinamizará, en coordinación con la Autoridad Judicial, la atención a las personas presumiblemente incapaces o incapacitadas total o parcialmente, promoviendo entidades sociales sin ánimo de lucro que puedan desempeñar la tutela o curatela de aquéllas, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil.

Por último vamos a referirnos al Decreto 136/2011, de 30 de septiembre, del Consell, por el que se modifica el Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, de ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados.

Tal como hemos visto, la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados, que fue creada en 1992 y su regulación se encuentra recogida en el Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Consell, modificada, en cuanto a su composición, por el Decreto 59/2000, de 25 de abril, del Consell, tiene por objeto velar y coordinar los recursos públicos existentes dentro de la Conselleria de Justicia y Bienestar Social, y de los diversos departamentos implicados, para un

ejercicio correcto de los cargos tutelares asignados a la Generalitat por los órganos judiciales respecto de personas mayores de edad.

La Generalitat, cuando es designada en ausencia de otros miembros familiares, como persona jurídica idónea para el ejercicio de la función tutelar, debe velar porque las personas con limitación de sus facultades o carentes de capacidad, por resolución judicial, reciban la misma o mayor protección y la asistencia necesaria para que gocen de sus derechos plenamente.

En este punto, tanto la evolución producida a nivel normativo como en la propia sociedad, en esta última década, afecta tanto a la responsabilidad familiar (situaciones de orfandad, decaimiento de las estructuras familiares, miedo a las responsabilidades derivadas del ejercicio del cargo de tutor, etc.) como a las personas jurídicas tutoras. Así, cabe destacar el paulatino y creciente cambio del perfil de las personas incapacitadas por los órganos jurisdiccionales, que ya no son mayoritaria o exclusivamente personas de edad avanzada con demencia senil de tipo Alzheimer o con discapacidad intelectual profunda, que se encuentran atendidas desde hace muchos años en residencias y centros adecuados. Por el contrario, existe una notable rebaja de edad como consecuencia fundamental del trastorno grave persistente o enfermedad mental crónica en las personas cuya protección se asigna, con el añadido de un largo historial con padres y familiares deteriorados por la propia afectación que no pueden cumplir con las obligaciones derivadas de la tutela.

La Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, quiso dar respuesta a la problemática planteada, tanto por el creciente número de resoluciones judiciales que hacen recaer en la Generalitat la

protección hacia estas personas que ven limitada su capacidad, como por tratarse ésta de una entidad de Derecho Público. En tanto que organización de carácter público, y por tanto con estructura sujeta al Derecho Administrativo, parece la institución más adecuada para hacerse cargo de una función de carácter civil y tuitiva como la tutela, si no delega en otras fórmulas que garanticen la atención, promoción y afecto que merece cualquier persona.

Por ello, sin esperar al mayor deterioro en la capacidad, ni una fórmula rígida, sino que pudiera ser delegable en cuanto a la asistencia- con la colaboración activa de entidades y fundaciones tutelares específicas más cercanas, el art. 43 de la citada Ley 11/2003, de 10 de abril, preceptúa que la administración de la Generalitat apoyará y dinamizará, en coordinación con la autoridad judicial, la atención a las personas presumiblemente incapaces o incapacitadas total o parcialmente, promoviendo entidades sociales sin ánimo de lucro que puedan desempeñar la tutela o curatela de aquéllas, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil.

Las modificaciones introducidas por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, forman parte del proceso de adecuación de todo el sistema tutelar a los mandatos establecidos en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006<sup>468</sup>.

---

<sup>468</sup> En este sentido *vid.* MAYOR DEL HOYO, M.V., *Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas*. “Los mecanismos



Si bien, de forma general, la función tutelar recae en la Generalitat, el Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Consell, dio un primer paso estableciendo una Unidad Técnica de Tutelas en cada una de las Direcciones Territoriales de Bienestar Social, que debe coordinarse con los equipos de las áreas de salud, equipos municipales de servicios sociales y demás organismos y centros del lugar de residencia de la persona sujeta a cargo tutelar. De este modo, al estar implicada la Generalitat en su conjunto en la función tutelar, se hace necesario una Unidad Técnica de Coordinación, y para ello es preciso modificar la estructura de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados, de forma que se constituya un Comité Ejecutivo en su seno, que establezca directrices claras de actuación e inste a las diferentes instituciones públicas y privadas, organismos o entidades a la creación de nuevos recursos, viviendas tuteladas y servicios de apoyo a la vida autónoma.

Por último, procede modificar la composición de la citada Comisión, adecuándola a la organización y estructura de la Conselleria de Justicia y Bienestar Social, que en su Reglamento Orgánico y Funcional, aprobado por el Decreto 99/2011, de 26 de agosto, del Consell, establece, en el art. 8. 2. i), entre las funciones de la Dirección General de Personas con Discapacidad y Dependencia, “*la guarda y protección de la persona y/o los bienes de las personas incapacitadas sometidas a cargos tutelares de la Generalitat*”, así como de los departamentos del Consell que desarrollan actividades conexas.

---

de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas”, I. Persona y Familia, coordinado por DE SALAS MURILLO, S., Madrid, 2013, pp. 193-210.

En aras de su operatividad, se ha tenido en cuenta fundamentalmente la presencia de los directores territoriales de la Conselleria de Justicia y Bienestar Social, que asumen la carga tutelar.

La Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Personas Mayores con Facultades y Capacidad Limitada ejercerá sus funciones en aras a salvaguardar los derechos de las personas sujetas a cargos tutelares por la Generalitat, así como la coordinación de los recursos públicos y privados disponibles, para un ejercicio correcto de los cargos tutelares que sean asignados por los órganos judiciales de la Comunitat Valenciana con respecto de personas mayores de edad residentes en la misma (art. 1).

Por otra parte, la representación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Personas Mayores con Facultades y Capacidad Limitada la ejercerá el director o la directora territorial de la conselleria competente en bienestar social, dentro de su respectivo ámbito territorial, quien asumirá aquellos cargos que le asignen los órganos judiciales de la Comunitat Valenciana, previo estudio por el equipo técnico correspondiente.

Asumirá, en nombre de la Generalitat, los cargos que le sean asignados por los órganos judiciales de la Comunitat Valenciana, de personas presuntas incapaces en procesos de incapacitación, y de personas judicialmente incapacitadas carentes de familiares que puedan asumir el cargo, así como de aquellas cuyos familiares, obligados a la delación del mismo, hayan excusado el cargo de conformidad con lo que establece la legislación civil vigente.

Asimismo, también asumirá los cargos en los supuestos de desaparición o remoción del cargo tutelar cuando éste fuere ejercido por persona física o jurídico-privada, y siempre que no exista otro ente público que, por su competencia y relación con el incapaz, pudiere ejercer el cargo.

La aceptación de los cargos se realizará en nombre de la Generalitat, única institución con personalidad jurídica para la asunción de los cargos tutelares.

La conselleria competente en bienestar social podrá, por razones de agilidad y eficacia, y a petición del director o la directora Territorial de la misma, habilitar al personal del equipo técnico para la aceptación, en representación de la Generalitat, de cargos referentes a presuntos incapaces, en los procedimientos judiciales de modificación de la capacidad de las personas (art. 6).

### **III. 5. 6.- Derecho civil vasco**

La regulación del Derecho civil vasco, a la que nos vamos a referir brevemente, la encontramos principalmente en las siguientes normas:

- Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho civil Foral del País Vasco (Comunidad Autónoma del País Vasco BOPV núm. 153, de 7 de agosto de 1992 y BOE núm. 39, de 15 de febrero de 2012). Esta norma estará vigente hasta el próximo 3 de octubre de 2015, al haber sido derogada por la reciente Ley 5/2015, de 25 de junio.
- Norma foral 9/2000, de 31 de octubre, de creación del Instituto Tutelar de Bizkaia (BOB núm. 223. Martes, 21 de noviembre de 2000).

- Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil Vasco (BOPV núm. 124, de 3 de julio de 2015 y BOE núm. 176 de 27 de julio de 2015).

La referencia que vamos a realizar a las anteriores normas enumeradas la vamos a realizar de tal forma que nos referimos en primer lugar a la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho civil Foral del País Vasco, si bien lo haremos conjuntamente al contenido de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil Vasco, por cuanto esta última ha dejado sin vigencia a la anterior a partir del 3 de octubre de 2015.

La inicial Ley 3/1992, de Derecho civil Vasco anteriormente mencionada, distribuye su contenido en un total de 188 arts., tres Disposiciones Adicionales, cuatro Disposiciones Transitorias, dos Disposiciones Derogatorias y una Disposición Final. Dicho articulado se estructura de la siguiente forma:

- Título Preliminar denominado: *Las fuentes del Derecho Foral*, que comprende los arts. 1 a 4)
- Libro I, *Del Fuero Civil de Bizcaia*, que consta de un total de tres Títulos:
  - El Título I, denominado *De la aplicación de las normas forales*, se distribuye en dos capítulos, divididos en Secciones. El primero de los Capítulos, referido al *ámbito de aplicación*, y dentro de éste la primera de las Secciones está dedicada al *ámbito territorial*, y alberga los arts. 5 a 11; mientras que la segunda de ellas, regula el *ámbito personal*, y comprende los arts. 12 a 15. El Segundo Capítulo de este Título está dedicado a *conflictos de leyes* (art. 16).
  - El Título II, denominado *De la troncalidad*, comprende los arts. 17 a 26.

- Título III, *De las sucesiones*, contiene en los arts. 27 y 28 las Disposiciones Generales. Dentro de este Título III, hay cinco capítulos, el primero, *De la sucesión testada* (se distribuye en 4 Secciones: la 1, *De los testamentos en general*, arts. 29 y 30; la 2, *Del Testamento*, art. 31; la Sección 3, *Del poder testatorio y del testamento por comisario*, arts. 32 a 48; la Sección 4, *Del testamento mancomunado o de hermandad*); el Capítulo II, *De la sucesión forzosa*, comprende los arts. 53 a 66; el Capítulo III, *De la sucesión “ab intestato”*, comprende los arts. 67 a 73; el Capítulo IV, *De los pactos sucesorios*, comprende los arts. 74 a 83; el Capítulo V, *Disposiciones comunes a las distintas formas de suceder*.
- Título IV, *Del régimen de bienes en el matrimonio y de la comunicación Foral*, distribuido en tres Capítulos: el I contiene las *Disposiciones Generales*, arts. 93 y 94; Capítulo II, *De la comunicación foral de bienes*, arts. 95 a 103; Capítulo III, *De la disposición del régimen de comunicación de bienes*, arts. 104 a 111.
- Título V: *De las servidumbres de paso*, arts. 128 a 130.
- Libro II. *Del fuero Civil de Alava*, consta de dos Títulos:
  - Título I: *Del Fuero de Ayala*, distribuido en de dos Capítulos: el I dedicado al *Ambito de aplicación*, arts. 131 a 133; y el Capítulo II, dividido en dos Secciones: la 1, *De la libre disposición de bienes*, arts. 134 a 139; la 2, *Del usufructo poderoso*, arts. 140 a 145.

- Título II: *Del Derecho civil Foral aplicable en Llodio y Aramaio*, art. 146.
- Libro III: *Del fuero civil de Gipuzkoa*, que consta de tres Títulos:
  - Título I: art. 147.
  - Título II: *Del ámbito de aplicación*, dividido en tres Capítulos: el primero dedicado al *Ambito territorial*, art. 148; el Capítulo II, *Ambito personal*, art. 149; y el Capítulo III, *Ambito funcional*, arts. 150 a 152.
  - Título III: *De la ordenación sucesoria del Caserío Guipuzcoano*, dividido en cuatro capítulos: Capítulo primero, *De la ordenación sucesoria del Caserío y las limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte*, arts. 153 a 163; Capítulo II, *De la ordenación por Comisario*, arts. 164 a 171; Capítulo III, *Del testamento mancomunado*, arts. 172 a 178; Capítulo IV, *De los pactos sucesorios*, arts. 179 a 188.

Ahora bien, a pesar del profuso articulado la única mención que en el mismo encontramos referida a incapacitados se concreta en la obligación que se impone en materia testamentaria al comisario en aras a promover la constitución de la tutela o curatela de los hijos y demás descendientes del causante, menores no emancipados e incapacitados, y cuya previsión se regula en su art. 42.

De la mentada Ley 2/2015, de 25 de junio de 2015, vamos a evitar reproducir su estructura por gozar de amplias similitudes con su predecesora todavía vigente, aunque por poco tiempo, en el momento de redactar estas líneas.

Esta Ley 5/2015, aunque tal como ya ha sido preconizado por parte de la doctrina<sup>469</sup> contiene numerosas novedades con respecto a su predecesora éstas se circunscriben a ámbitos o materias tales como: la creación de una vecindad civil vasca; la equiparación entre el matrimonio y las parejas de hecho, se modifica la responsabilidad del heredero por deudas, se introducen nuevas formas de suceder en el País Vasco como el pacto sucesorio,..., apartándose así de la regulación del Código Civil, se extiende la aplicación del testamento de hermandad y poderes testatorios a todo el País Vasco, se modifica el sistema de legítimas, se reconoce un derecho de habitación a favor del cónyuge viudo o superviviente de la pareja de hecho sobre la vivienda conyugal..., la posibilidad de disposición de un legado de usufructo universal a favor del cónyuge viudo o del superviviente de la pareja de hecho, se introducen novedades en materia de sucesión intestada, de pactos en capitulaciones matrimoniales, se establecen varios derechos de reserva en las sucesiones por causa de muerte... Aunque hemos considerado interesante realizar mención a estas novedades no vamos a profundizar más en ellas por escapar del estudio de nuestro trabajo.

De hecho, en la Ley 5/2015 a que estamos haciendo referencia el único precepto que encontramos en materia de tutela es el art. 39 que reproduce exactamente el mismo contenido que ya tenía la anterior Ley.

---

<sup>469</sup>HEBRERO HERNÁNDEZ, J.A., “El nuevo Derecho civil Vasco”, en la página web: <http://tuguialegal.com/2015/07/20/el-nuevo-derecho-civil-vasco/>. Visionado en agosto 2015 y en similar sentido, GRANADOS DE ASENSIO, D.M., “Notas sobre la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil Vasco”, en la página web: <http://www.notariosyregistradores.com/web/cuadros/ley-de-derecho-civil-vasco/> (visionado en septiembre de 2015)

De todos modos debemos tener en cuenta que respecto a lo no previsto en las normas forales deberemos atender a la regulación que el Derecho común efectúe en especial de las materias a que estamos realizando en el presente trabajo, incapaces o con la vigente denominación personas con capacidad modificada judicialmente.

A continuación vamos a referirnos a la Norma Foral 9/2000, de 31 de octubre, de creación del Instituto Tutelar de Bizkaia (BOB núm. 223. Martes, 21 de noviembre de 2000) que previamente habíamos mencionado y que sí consideramos de gran interés para la materia objeto de estudio de nuestro trabajo.

Con la promulgación de la Norma Foral 9/2000, de 31 de octubre se crea el Instituto Tutelar de Bizkaia.

Establece el Preámbulo de esta Norma Foral que aunque la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y Organos Forales de sus Territorios Históricos atribuye competencias a los Territorios Históricos en materia de Asistencia Social, por otra parte, la Ley 5/1996, del Parlamento Vasco, de 18 de octubre, de Servicios Sociales, señala que las Diputaciones son competentes para la creación, mantenimiento y gestión de los servicios sociales especializados, constituyendo estos servicios el nivel de atención específica para la programación, implantación y gestión de aquellas actuaciones que no estén encomendadas a los servicios sociales de base, y además el Decreto Foral 164/1999, de 28 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento de Estructura Orgánica del Departamento de Acción Social establece que este Departamento ejercerá en el ámbito del Territorio Histórico de Bizkaia, el desarrollo de los recursos y servicios que faciliten la asistencia y la integración en



la comunidad de las personas con discapacidad. En la actualidad de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 234 y 242 del Código Civil<sup>470</sup> se ha designado a la Diputación Foral de Bizkaia tutora o curadora de personas previamente incapacitadas. No obstante, existen una serie de factores que en la situación actual dificultan gravemente el correcto ejercicio de estas funciones. El/la tutor/a, el/la curador/a y el/la administrador/a de bienes de una persona sometida a medidas provisionales o declarada judicialmente incapaz, ha de desplegar una ingente actividad de orden civil para el correcto desempeño de sus funciones que el Código Civil enumera someramente y que podrían resumirse en procurarle alimentos, promover la adquisición o recuperación de su capacidad y procurarle su mejor inserción en la sociedad. Esta actividad se incardina en el Derecho privado y por ello la tradicional organización administrativa resulta inadecuada para el ejercicio de esta función tutelar. Esa situación se agrava tomando en consideración las implicaciones económicas que se derivan de la actuación administrativa para con los patrimonios privados de los tutelados, gestión ésta que difícilmente puede ser controlada de acuerdo con los instrumentos públicos de control habituales. De lo expuesto se deduce que resulta más idóneo para el ejercicio de la tutela, la creación de un Ente Público de Derecho Privado. Las circunstancias que provocan la creación de este Instituto Tutelar son idénticas o similares a las que existían en otras Comunidades Autónomas antes de que crearan órganos iguales o muy parecidos, pudiendo citarse, entre otras, las siguientes causas que impulsaron el cambio organizativo: – El escaso desarrollo de la legislación foral sobre tutelas, que se limita a una mera encomienda de su

---

<sup>470</sup> Con ello vemos la clara aplicación del Derecho común en esta materia.

gestión sin mayor explicitación y cobertura jurídico-económica de los mecanismos de desarrollo. – La ausencia de propuestas y estructura organizativa suficiente, unida al hecho de que el poder público no puede excusarse del ejercicio de la tutela en base a la carencia de medios suficientes, a diferencia de lo que ocurre con las personas privadas. La imposibilidad de excusa por tal causa encuentra su fundamento jurídico en el art. 49 de la Constitución que considera tales funciones como un servicio público. – El agotamiento y rigidez de los Organismos públicos sujetos a Derecho Administrativo y la necesidad de dotar a este servicio público de resortes más operativos para el cumplimiento de su función social; que permitan una inmediata respuesta al poderse dotar de una estructura más flexible preparada para una toma de decisiones de una forma rápida y eficiente. – El número de personas que integran este colectivo se ha visto de una forma sustancial incrementado en los últimos años, pudiendo resultar, en potencia, francamente elevado. El Instituto Tutelar, Ente Público de Derecho Privado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica, adscrito a Gizartekintza Saila-Departamento de Acción Social, ejercerá entre otras funciones la tutela y curatela de las personas mayores incapacitadas legalmente, excepto en el caso de que las causas de incapacitación sea una enfermedad mental, en tanto en cuanto éstas no sean objeto de un Convenio con las Instituciones competentes. De lo expuesto anteriormente se deduce la conveniencia de crear para el ámbito territorial de Bizkaia el Ente Público de Derecho Privado citado y adscrito a Gizartekintza Saila-Departamento de Acción Social, y cuyos fines básicos son el ejercicio de la tutela y curatela de los mayores de edad incapacitados legalmente residentes en el Territorio Histórico de Bizkaia, cuando así lo determine la

autoridad judicial competente, así como la defensa judicial de quienes estén sometidos a un proceso de incapacidad o el ejercicio de cuantas otras funciones determine la autoridad judicial en defensa de presuntos incapaces en situación de desamparo. Junto a estos fines al Instituto Tutelar, Ente Público de Derecho Privado, le compete también el fomento y la realización de aquellas acciones que se encaminen a la integración y normalización de los adultos que tutele, así como la gestión de las rentas y patrimonios de éstos y, en su caso, de los menores tutelados. El Instituto Tutelar, Ente Público de Derecho Privado, se crea con una clara vocación de complementariedad y de garantía. De complementariedad respecto de las actuaciones que corresponden, en primer lugar, a otras personas físicas del entorno familiar y otras instituciones sin ánimo de lucro, y siempre en los términos que determine la autoridad judicial, y de garantía última del sistema de tutela a la que pueda acudir para rellenar un vacío derivado de la inexistencia o inhibición de aquellas personas que, conforme al Código Civil, estarían obligadas a actuar en consecuencia. Además de lo expuesto sobre las personas mayores de edad discapacitadas, y conforme establece el art. 172 del Código Civil, en su modificación aprobada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, la Diputación Foral de Bizkaia tiene encomendada la protección de los menores, por lo que cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas necesarias para su guarda. Esta competencia está igualmente atribuida a Gizartekintza Saila-Departamento de Acción Social, según establece el citado Decreto Foral 164/1999, de 28 de septiembre. Una de las funciones incluidas en el ejercicio de la patria potestad y la tutela es la administración de bienes de los

menores sometidos a ella. El art. 270 del Código Civil preceptúa que “*el tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia*”. Habitualmente el menor declarado en desamparo carece de bienes. No obstante, en algunos casos el menor tutelado, por el fallecimiento de uno o de ambos progenitores o por otras causas, puede resultar heredero o titular de bienes y de obligaciones. Por las mismas razones anteriormente citadas, que hacen aconsejable la creación de este Instituto Tutelar, se estima necesario que la gestión de los trámites precisos para la liquidación de las herencias en las que resulten herederos los y las menores en situación de desamparo, y tutelados por la Diputación Foral de Bizkaia, y la administración de sus bienes con la debida diligencia que requiere el interés superior de éstos, se encomiende a un Ente Público de Derecho Privado. El resto de las funciones que supone el desempeño de la tutela de los/las menores desamparados, en los términos establecidos en la legislación sobre protección de la infancia, se ejercerán, como en la actualidad, por Gizartekintza Saila-Departamento de Acción Social de la Diputación Foral de Bizkaia. Con el objeto de dotarse de una estructura interna eficaz, los órganos rectores que se instituyen, Presidente/a, Consejo de Administración y Director/a, gozan de las atribuciones necesarias para garantizar una gestión ágil. El Ente Público de Derecho Privado se dota de los medios económicos que le provea la Diputación Foral de Bizkaia en sus Presupuestos Generales y de los propios derivados de aportaciones, rendimientos y retribuciones que pueda establecer la autoridad judicial y de cualesquiera otros que se le atribuya. La Norma Foral 10/97, de 14 de octubre, contempla la

existencia de los controles financieros necesarios para garantizar el régimen económico del sector público foral del Territorio Histórico de Bizkaia.

Los principios informadores por los que se regirá en Instituto Tutelas de Bizkaia aparecen configurados en el art. 3 de dicha Norma Foral, que establece que el Instituto Tutelar de Bizkaia promoverá la sensibilización social en orden a fomentar el respeto de los derechos de las personas mayores de edad, con capacidad legal limitada y su mayor integración y normalización en la sociedad, estableciendo los resortes legales y materiales para su efectividad plena, constituyéndose en garante de la cobertura de los más elementales servicios y atenciones que fueren requeridas, al objeto de su amparo en su persona y patrimonio, de conformidad con el desarrollo de sus fines fundacionales y de los mecanismos legales de los que se dota. Se incluye en la actuación de este Instituto la administración legal del patrimonio de los/las menores desamparados tutelados por la Diputación Foral de Bizkaia. Queda excluido de su ámbito de competencias las personas cuya causa de incapacitación sea una enfermedad mental; en tanto en cuanto éstas no sean objeto de un Convenio con las Instituciones competentes.

Si algo nos llama la atención de este precepto no es otra cuestión que la exclusión del ámbito de sus competencias el ejercicio de la tutela por parte del Instituto Tutelar de Bizkaia aquellas personas cuya capacidad haya sido modificada judicialmente por razones de enfermedad mental, para cuyos supuestos difiere dicha posibilidad hasta el momento en el que tales supuestos haya sido objeto del correspondiente Convenio específico con las Instituciones competentes.

Las finalidades del Instituto Tutelar de Bizkaia se contienen en el art. 4, de conformidad con el cual tienen dicha consideración: a) El ejercicio inexcusable de

la tutela y curatela de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente, residentes en el Territorio Histórico de Bizkaia, en los términos fijados por el Código Civil<sup>471</sup>, cuando así lo determine y le sea conferida por la autoridad judicial competente por resolución firme y definitiva, siempre y en todo caso en el que medie exclusión judicialmente admitida de aquellas otras personas físicas o jurídicas, que según el orden de prelación establecido en el citado Texto Legal no concurrieren al desempeño de los expresados institutos jurídicos. Tales funciones se desarrollarán en el marco de las prerrogativas impuestas por mandato judicial, extinguiéndose o expirando dicho cometido cuando así fuere decretado, de igual manera, por la autoridad judicial competente. b) La asunción, en su caso, de la Defensa Judicial de las personas mayores de edad residentes en el Territorio Histórico de Bizkaia sobre las que se haya iniciado un proceso de incapacitación, así como el ejercicio de cuantas funciones determine la autoridad judicial en medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces, en situación de desamparo. c) El fomento y realización de acciones encaminadas a la integración y normalización de los/las adultos/as incapacitados/as legalmente tutelados/as por el Instituto Tutelar de Bizkaia, facilitando recursos sociales, la atención personal del/la incapacitado/a, su cuidado, rehabilitación o recuperación y el afecto necesario, así como las funciones de gestión y complementación en el orden personal y patrimonial que fijan las disposiciones que al efecto emanan del Código Civil en el ejercicio de la tutela o curatela. d) La administración de los bienes del/la tutelado/a y de los/las menores desamparados/as tutelados/as por la Diputación Foral de Bizkaia,

---

<sup>471</sup> Nueva remisión con carácter general a las previsiones del Derecho común.

actuando en su beneficio, bajo los principios de prudencia, conservación y mejora de aquéllos, con arreglo a las previsiones contenidas en el Código Civil al respecto, y a cualesquiera otras Disposiciones Legales que fueren de aplicación.

e) La tramitación de la liquidación de la herencia y la administración de los bienes y derechos de las herencias en las que resulten herederos las personas mayores tuteladas o los/las menores desamparados/as tutelados/as por la Diputación Foral de Bizkaia. f) Información, orientación, asesoramiento y asistencia a padres, familiares y otros tutores.





## **CONCLUSIONES**

---



A la luz de todo lo expuesto y como punto de cierre al presente estudio, una vez efectuado el análisis de las distintas fuentes dentro del marco histórico en el que hemos ido desgranando cada norma jurídica que ha sido objeto de nuestro estudio podemos efectuar las siguientes conclusiones:

I.- Ya desde el Derecho romano, que sirve de fuente e inspiración a numerosos ordenamientos, entre los que se encuentra el nuestro, se viene contemplando la regulación y nombramiento de figuras asistenciales para quienes tuvieran determinadas carencias, bien por motivo de la edad, bien por otras circunstancias, que requerían de asistencia en su vida cotidiana.

En Roma, queda claro que bien existían determinados sujetos que gozaban de plena capacidad jurídica, también es cierto que existen personas de las que presume su incapacidad y sobre ellas se aplican las figuras asistenciales de tutela y curatela de forma automática.

Básicamente se trata de los impúberes, las mujeres y los también denominados incapaces por otras razones como son los supuestos de enfermedad mental, *furiosi*, *mentecapti*, así como aquellos otros supuestos en los que principalmente por otras deficiencias eminentemente de carácter físico o sensorial, es el caso de los sordos, los mudos, los ciegos, etc. van a determinar que se les pueda nombrar un tutor/curador.

En todos estos supuestos cuando concurra alguna de las indicadas causas de incapacidad se aplicará la protección sobre la persona nombrándole un

tutor/curador sin más trámite que el propio nombramiento, no se requería, por tanto, que con carácter previo se hubiera procedido a declarar incapaces a cualquiera de las personas que se encontraran en esas circunstancias.

En todos estos supuestos de incapacidad cuando se cumplen determinadas premisas, como es el cumplimiento de determinada edad en el impúber, por haber alcanzado la mayoría de edad, la recuperación de la cordura o la recuperación de las deficiencias físicas perdidas, al igual que ocurría para que se le aplicara de forma automática una figura de guarda, del mismo modo y sin más formalidad deja de actuar la figura de guarda y no es necesaria ninguna declaración de recuperación de las facultades para establecerse la recuperación de la capacidad plena.

Una de las diferencias fundamentales del Derecho romano con respecto a nuestro Derecho radica en la regulación y tratamiento que se efectúa de las figuras asistenciales que se efectúa especialmente de los denominados incapaces por enfermedad mental. Éstos, que tal como hemos dicho en Derecho romano eran incapaces, lo eran *ipso iure*, y por tanto no era necesario instar un procedimiento previo al nombramiento de curador, que estableciera esa declaración de incapacitado, sino que la exigencia de dicha circunstancia era suficiente por sí misma para proceder al nombramiento de figura asistencial que supliera esas carencias, es decir, la figura del curador. Sin embargo, en nuestro derecho, aunque se sigue contemplando que la figura que se nombre para estos supuestos sea la del curador, a diferencia que lo que ocurría en el Derecho romano, actualmente, con carácter general, resulta necesario instar un procedimiento judicial previo que declare dicha incapacidad.

Otra diferencia fundamental entre el Derecho romano y la regulación que nuestro derecho actual efectúa respecto a la incapacidad de los enfermos mentales es que mientras en Derecho romano, a pesar que el demente era considerado incapaz *ipso iure*, también es cierto que los actos que pudiera realizar en algún periodo de lucidez tenían la consideración de válidos, mientras que en nuestro Derecho actual, una vez se produce el nombramiento de incapacidad todos aquellos actos para los que ha sido incapacitado que realice el incapaz carecerán de validez.

Del mismo modo, en Derecho romano, venía establecido que cuando el demente sanaba, la figura asistencial cesaba automáticamente, sin que mediara ni fuera necesario procedimiento alguno. Por el contrario, nuestro Derecho actual no permite el reintegro o modificación de la capacidad a menos que se inste un nuevo procedimiento judicial en este sentido, y únicamente cuando se obtenga una resolución judicial que declare ese reintegro o modificación de la capacidad cesará la figura asistencial nombrada con anterioridad.

II.- En el punto anterior se puede advertir que si hemos eludido la mención un supuesto de incapacidad que nos ha resultado trascendental en la elaboración de este estudio, hemos de advertir que lo hemos hecho de forma intencionada por considerar que se merece un tratamiento individualizado. Estamos hablando, como no podía ser de otra forma, del supuesto de la prodigalidad, que constituye un supuesto muy específico de incapacidad. Incurrir en conductas de prodigalidad quien derrocha y dilapida su patrimonio de forma irracional e injustificada, sin medida de tal modo que pone en peligro su patrimonio.

Pues bien en este específico supuesto, en Derecho romano, a diferencia con lo que ocurría con el caso de los locos o dementes parece que sí se exige una previa declaración de interdicción por la que se constate la vida disipada y sin medida de derroche en el ámbito patrimonial, y que el antecedente normativo lo encontramos ya en las XII Tablas, a pesar que existan autores que pongan en cuestión dicha circunstancia sí es mayoritariamente defendido.

De esta forma el procedimiento de declaración de interdicción por el que un juez procedería a decretar a una persona como pródigo con carácter previo a que se le nombrara una figura de guarda (curador) parece que constituiría nuestro más remoto antecedente del actual procedimiento de modificación de la capacidad de una determinada persona (debemos precisar que tradicional e históricamente han sido denominadas incapacitadas pero recientemente se las denomina personas con capacidad modificada judicialmente), en el que resulta necesaria esa previa declaración judicial para que se le pueda nombrar tutor o curador a una determinada persona.

El supuesto de la prodigalidad merece una consideración aparte porque el tratamiento que de dicha conducta se efectúa ya desde las fuentes es diferente. Si bien en ambos supuestos se les considera incapaces, a uno en cuanto se deviene en la locura o se incurre en conducta susceptible de ser declarada de prodigalidad, y ahí radica la diferencia entre ambos, es que en el supuesto del pródigo, tal como hemos indicado, sí encontramos referencias a una necesaria declaración de interdicción. Este requerimiento previo al nombramiento de figura de guarda para el pródigo sería más cercano al actual procedimiento previo de incapacidad, necesario en nuestro ordenamiento jurídico tanto en el supuesto de incapacidad

por razón de enfermedad mental como en el de la prodigalidad. Aunque en el caso de la prodigalidad, en el Derecho romano, el previamente declarado pródigo y con ello incapaz, recuperaba la capacidad, sin más, en cuanto recuperara las buenas costumbres, al igual que ocurría en el supuesto del loco en cuanto recuperara la cordura. Mientras que en nuestro ordenamiento jurídico tanto en un supuesto como en otro se va a requerir un nuevo procedimiento judicial para proceder a la declaración de la recuperación de la capacidad.

Esta exigencia de declaración de incapacidad previa es la que habría llegado a nuestro días si bien con evolución irregular a lo largo y ancho de la Historia.

III.- Dentro de los especiales supuestos que hemos analizado en este estudio ha sido el efectuado respecto a la institución del denominado *postliminium*. El hecho de que alguien cayera en poder de enemigo planteaba este especial supuesto del *postliminium*. Se planteaba con ello que si a alguien que hubiera caído en poder del enemigo se le debía asimilar a un supuesto de incapacidad y de esa forma mientras estuviera ausente (por cautividad) si se requería el nombramiento de una figura de guarda que se ocupara de su patrimonio hasta que el cautivo regresara o si, de igual forma se debía nombra un tutor/curador para sus hijos en su ausencia, etc.

Parece que la respuesta, en términos generales debía ser afirmativa, pero no eran pocas las discusiones que al efecto se planteaban en orden a la aplicación del denominado beneficio del *postliminium* y especialmente respecto a cuando el mismo podía llegar aplicarse, pues la aplicación de dicho beneficio dependía de

dónde era puesto en libertad el cautivo, de si se encontraba en una época de guerra o no, etc.

Pero en definitiva los textos y la mayoría de la doctrina apostaban por el nombramiento de una figura de guarda para estos supuestos.

IV.- Las figuras de guarda que se nombraban para los supuestos de incapacidad por una u otra causa, en un principio aparecían claramente diferenciadas pero con el tiempo se van difuminando las diferencias entre ambas figuras y de hecho han existido épocas a lo largo de la historia en las que no se realiza ninguna mención a la figura del curador.

V.- Debemos tener en cuenta que la regulación que a lo largo de la Historia se ha ido efectuando de las figuras asistenciales no ha diferido en el fondo de la regulación que efectuaba el Derecho romano incluso con las Partidas, texto de clara influencia romana, por lo que prácticamente reproducía la regulación romana de la tutela y la curatela.

La exigencia de la necesidad de iniciar un procedimiento mediante el que procediera a la declaración de incapacidad previa al nombramiento de la figura del tutor o curador no la encontramos hasta hasta tiempos relativamente recientes, ya que en concreto en nuestro ordenamiento se introduce tal necesidad en el siglo XIX con la LEC de 1881 así como por la influencia del Código Civil francés napoleónico en nuestro Derecho.



VI.- Nuestro ordenamiento jurídico, si bien se vió notablemente influenciado por el Derecho romano, no es menos cierto que también plasmó a lo largo de nuestro derecho histórico influencias del derecho germánico.

La influencia del Derecho germánico en nuestro derecho se observa en la época de la Reconquista, el Fuero Viejo y el Fuero Real, y supone la desaparición de la dualidad tutela-curatela, donde cobra protagonismo la institución tutelar que recaerá en el entorno familiar más cercano, abandonando la figura de la curatela.

A lo largo de nuestro derecho histórico no se contemplaba la necesaria declaración de incapacitación mediante un procedimiento previo, sino que se procedía al nombramiento de figura asistencial para el incapaz sin más.

La tradición romanista de nuestro Derecho no contemplaba la necesidad de un previo procedimiento de incapacidad. El punto de inflexión se introduce con la influencia operada en nuestro Derecho por el Derecho francés, a través del Código de Napoleón de 1804, que pretende con ello dotar de mayor protección y garantías al incapaz. Ahora bien en nuestro Derecho si bien se realiza un amago de establecer un procedimiento previo, en un principio en el Proyecto de Código Civil de 1851 (que no entró en vigor) y posteriormente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, esta última no siembra sino una mayor confusión, en la medida en que si bien en un principio apunta una posible declaración previa de incapacidad, finalmente opta por seguir el sistema establecido en Las Partidas.

Es la L.E.C. de 1881, la que exige de forma clara un procedimiento previo de incapacitación, que lo configura como un procedimiento contradictorio y que deberá finalizar por sentencia, dotando al procedimiento de todas las garantías

necesarias. La estructura de este procedimiento perdura hasta la actualidad, si bien con las distintas modificaciones operadas mediante la promulgación de la vigente L.E.C. del año 2000, y actualmente la publicación de la reciente Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio, ha supuesto la derogación de las anteriores normas en materia de Jurisdicción Voluntaria y con ella se introducen destacadas innovaciones en el tratamiento de las figuras asistenciales así como el llamativo cambio de nomenclatura para designar a las personas incapacitadas a las que ahora denomina *personas con capacidad modificada judicialmente*.

Así pues, la introducción de la necesaria previa incapacitación judicial, supone apartarse de la tradición romanista que había perdurado en nuestro Derecho durante siglos, y encuentra su justificación en la necesidad de dotar de mayores garantías al incapaz.

VII.- No debemos perder de vista que los trastornos derivados de patologías mentales han ido creciendo día a día, y no únicamente por razones de edad, ya que en determinadas ocasiones vienen originadas por determinadas conductas de abusos a determinadas sustancias, etc., llegando producir un derioro cognitivo de gran magnitud que lleva aparejado el diagnóstico de enfermedades mentales graves cada vez en personas a más temprana edad.

En este entorno, como consecuencia de un intento de respeto máximo a la autonomía privada, el legislador comparado se ha preocupado por articular instituciones que permitan desarrollar estas actividades asistenciales sin afectar a

la capacidad de obrar del sujeto, esto es, se persigue la búsqueda de un equilibrio entre la necesaria protección y asistencia del mayor que pueden llevar a cabo determinadas personas o instituciones sin que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, sea necesaria la previa incapacitación judicial, no encontramos lo mismo en nuestro ordenamiento jurídico, en el que aunque han sido varios los intentos de nuestro legislador encaminados a intentar paliar, al menos en parte, la necesidad de asistencia para aquellos que no siendo necesariamente incapaces, sí necesitan de forma permanente la asistencia de terceras personas para realizar las actividades básicas de la vida cotidiana. El último de ello, ha tenido lugar mediante la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Sin embargo, en la práctica, esta ley, en la medida que implica la intervención y coordinación de Administraciones diversas (Central y Autonómicas), ha planteado no pocos problemas, de forma que tampoco ha ofrecido auténticas y eficaces respuestas a quienes se encuentran en situación de dependencia.

También es cierto que han sido ya varias Comunidades autónomas las que se han preocupado de regular figuras de guarda para con las personas necesitadas de ello, aunque también es cierto que en la mayoría de los supuestos lo realizan vinculados a los supuestos en los que previamente haya tenido lugar la declaración judicial de modificación de la capacidad.

Por otra parte, en nuestro derecho, a pesar de todos los intentos de construcción de instituciones que tienden a proteger al mayor discapacitado se quedan en el marco que delimita la expresión “presuntos incapaces”, ésta realmente describe la

situación de personas que pueden llegar a ser declaradas incapaces judicialmente de seguirse el correspondiente procedimiento de incapacitación cumpliéndose los requisitos del art. 200 del C.C. Es decir, la denominada guarda de hecho es, en principio, una situación transitoria, pero debemos tener en cuenta que, o por no instarse el mencionado proceso de incapacitación o, instándose, porque no se considere a la persona incapaz ni total ni parcialmente a pesar de presentar algún tipo de discapacidad, esa situación puede dejar de ser transitoria puesto que la necesidad de la asistencia es continua.

Respecto a la guarda de hecho debemos precisar que en la regulación que la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria efectúa de ella en su art. 52 es el único precepto que parece apuntar y admitir tácitamente, aunque tampoco de una manera plenamente nítida, la posibilidad de nombramiento de tutor o curador, sin que haya tenido lugar un previo procedimiento judicial que declare la modificación de la capacidad de una persona, en la medida en que si se insta el procedimiento judicial de modificación de la capacidad tal como establece el art. 44 de dicha Ley, no resulta aplicable la Ley de Jurisdicción Voluntaria. de cualquier forma deberemos ir viendo cómo se le lleva a cabo la aplicación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y de que forma va evolucionando, Ley que por otra parte tampoco ha estado exenta de críticas. De todos modos, quizá la Ley de Jurisdicción Voluntaria pudiera haber ido más allá en este ámbito y haber efectuado una regulación lo suficientemente amplia y completa a este respecto.

VIII.- A pesar de interpretaciones amplias de la ley, la asunción por parte de las Administraciones públicas correspondientes de las funciones tutelares cuando no

exista la posibilidad de nombrar tutor de entre las personas legalmente previstas, debe considerarse la situación de incapacidad toda vez que pondera en gran medida la condición de desamparo, esto es, una real situación de desprotección que permite que la norma pueda abordarse “desde los componentes ‘revolucionarios’ que en ella pueden adivinarse y con la esperanza de “colonizar” el espacio que, paradójicamente, hoy ocupa la guarda de hecho mediante una nueva institución tuitiva acorde con el Derecho comparado y que, como allí, no precise de incapacitación judicial, pero muy probablemente, ni hoy por hoy, nuestra legislación civil estatal y autonómica se arriesga a llamar o a incluir abiertamente figuras como la del *Betreuer* alemán, la del “sauvegarde de justice” francés o la “*amministrazione di sostegno*” italiana. Y muy probablemente la innecesaria incapacitación judicial no sea una figura alejada de nuestra tradición jurídica, no debemos olvidar que para el Derecho romano y para el supuesto concreto de la denominada *cura furiosi*, no se requería la intervención o la decisión de la autoridad, al surgir la enfermedad mental, el *furiosus* pasaba a ser incapaz *ipso iure* y como tal, le era nombrado un *curator*, esta función sí que recaía en la autoridad jurisdiccional, de suerte, a pesar de la falta de necesaria incapacitación, se realiza un control por parte de órgano judicial competente.

IX.- El problema esencial con el que nos encontramos es que los individuos con una capacidad intelectual límite, con alguna patología psíquica, con una minusvalía física que se lo impida o con una severa ancianidad: ¿no tienen derecho a una protección legal como los otros ciudadanos?. Estas personas necesitan un plus de asistencia para determinados actos personales o

patrimoniales. Probablemente se debería arbitrar un procedimiento sin el requisito de la incapacitación para nombrar un guardador que buscara el beneficio personal y patrimonial de la persona guardada.

Por tanto, quizá no sería aventurado propiciar en el ordenamiento jurídico-civil el reconocimiento de una incapacidad de obrar de hecho sin necesidad de la previa incapacitación judicial (únicamente vislumbrada en la reciente Jurisdicción voluntaria en un único supuesto) siguiendo el ejemplo, entre otras, de la ley alemana en el sentido de configurar un sistema de guarda de mínimos, sin duda, con la finalidad mantener un nivel máximo de autodeterminación y de autonomía privada al tiempo que se presta asistencia. Todo ello sin perjuicio de la necesaria incapacitación judicial en los supuestos recogidos en la norma para evitar actos nulos o anulables, así como del control judicial de tales situaciones de incapacidad de hecho.

Finalmente apuntar que, tras el análisis efectuado en este estudio en torno a las instituciones jurídico asistenciales y de guarda para mayores discapacitados, desde el Derecho romano hasta la actualidad, no podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico actual, al menos hasta la fecha haya sido capaz de proporcionar una respuesta adecuada y eficaz para responder a las numerosas y no menos complejas necesidades que se generan en aquellos sujetos que siendo mayores de edad tienen algún tipo de discapacidad, que viene dada, en unas ocasiones por la avanzada edad y, en otras por otra serie de circunstancias ajenas a la longevidad propia de nuestra actual sociedad, que han generado, en mayor o menor medida, una determinada asistencia.

Por ello consideramos que nuestro ordenamiento jurídico debería esforzarse cada día más y con mayor intensidad y eficiencia con el objetivo de alcanzar una respuesta eficaz para las personas a las que nos hemos referido, respuesta que hasta la actualidad consideramos que no ha llegado, al menos de forma nítida, concluyente, efectiva y con las debidas garantías.





## **BIBLIOGRAFIA**

---



ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N. *Estudios de Teoría General e Historia del proceso (1945-1972)* T. 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México 1974).

ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, J.V., Y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil, T. I, V. II* (Valencia 1992) pp. 535-593.

AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* (Napoli 1950).

AMIRANTE, L. “Ancora sulla captivitas ed il postliminio” en *Studi in Onore de Pietro de Francisci I* (Milano 1956) pp. 519-544.

AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacidad y Mandato* (Madrid 2008).

ARAGONÉS ARAGONÉS, R., *Constitución de la tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y fianza*, pp. 1-87,  
[http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/constitucion\\_de\\_la\\_tute\\_la.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/constitucion_de_la_tute_la.pdf) (visionado en julio de 2015).

ARAMBURO, M., *La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen según la filosofía del Derecho, la historia de la legislación y el derecho vigente en España* (Madrid 1894).

ARAMBURO, M., *La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen según la filosofía del Derecho*, 2ª ed. (Madrid 1931).

ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano, V. II* (Madrid 1984).

AUDIBERT, A., “Essai sur l’histoire de l’interdiction et de la curatelle des prodigue en Droit Romain”, *NRH* 14 (Lausanne 1890).

BARÓ PAZOS, J. *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)* (Santander 1992).

BAS Y GALCERÁN, N., *Theatrum jurisprudentiae forentisis valentianae romarum juri*, Capit. 31. 12, Tomo II (Valencia 1757).

BECHMANN, A., *Das Ius postlimini und die Fictio legis Corneliae* (Erlangen 1872).

BENAYAS REDONDO, M. A., *Análisis de la nueva ley de Jurisdicción voluntaria y del nuevo procedimiento de conciliación*, en la página web: <http://www.economistjurist.es/Art.-derecho-civil-penal-mercantil-laboral-fiscal-procesal-publico-privado-administrativo-internacional/analisis-de-la-nueva-ley-de-jurisdiccion-voluntaria-y-del-nuevo-procedimiento-de-conciliacion/>. Visionado en julio 2015.

BERGUER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, vol. 43, part 2, (Philadelphia 1953).

BERROCAL LANZAROT, A. I., *La curatela como institución de protección en el marco de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad. Análisis crítico de Jurisprudencia*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 732, en la página web: [http://www.unav.edu/.../uploads/30446\\_Berrocal\\_RCDI2012\\_Curatela.pdf](http://www.unav.edu/.../uploads/30446_Berrocal_RCDI2012_Curatela.pdf). Visionado en julio 2015.

BETANCOURT, F. *Derecho romano Clásico* (Sevilla 2001).

*Instituciones jurídico asistenciales y de guarda para mayores discapacitados: Derecho romano, recepción y problemas actuales de la necesaria incapacitación judicial*

BONFANTE, G., *Corso di diritto romano. I: Diritto di famiglia* (Milán 1963).

BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano, trad. española de Bacci/Larrosa*. (Madrid 1929).

BORREGO BELLIDO, F., *La prodigalidad como causa modificativa de la capacidad de obrar*, Tesis (Salamanca 1975).

CABRERA MERCADO, R., “El proceso de incapacitación” en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Escuela Consejo General del Poder Judicial. (Madrid 1999). Director: Pedro González Poveda y José Marcos Picón Martín. pp. 209-229.

CANO TELLO, C. A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983* (Madrid 1984).

CATALÁ RUBIO, S., *La situación del menor en la antigua Roma*. (Cuenca 2006).

CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental* (Pamplona 2004).

CORDERO CUTILLAS, I., “Discapacidad e incapacidad judicial en el Derecho civil ¿conceptos sinónimos?”, en “*CEF Legal*” 55-56 (agosto-septiembre 2005) pp. 3-44.

COSTA, E., *Cicerone Giurisconsulto I* (Bologna 1927, reimp. Roma 1964).

D.O.C.V Base Datos

D’ORS, A., *Derecho romano Privado* (Pamplona 1991).

D’ORS, X., “Sobre XII tab V. 7.a ‘Si furiosus escit’”, en *AHDE* 50 (1980) - número dedicado a A. Alfonso García-Gallo y de Diego-, pp. 798-814.

- D'ORS, X., "Una recapitulación sobre las XII Tablas V.7<sup>a</sup>: Si furiosus escit", en *Revista de Estudios Histórico- Jurídicos [Sección Derecho romano]* XII (1995) pp. 131-145.
- DE DOMINICIS, G., "Punti di vista vecchi e nuovi in tema di foti postclassiche (Occidente ed Oriente)", *Studi in onore di Biondi* (Milano 1965) pp. 217-249.
- DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano* (Padova 1937).
- DE VISSCHER, F. "Aperçus sur les orígènes du postliminium" en *Festschrift Paul Koschaker I* (Weimar 1939), pp. 367-385.
- DELGADO BUENO, S., - RUIZ DE LA CUESTA, J.M<sup>a</sup>., "Aspectos Médicos-legales del internamiento y de la incapacitación", en *Los discapacitados y su protección jurídica. Estudios de Derecho Judicial* (Madrid 1999) pp. 23-103.
- DERNBURG, A., *Pandette, I-1<sup>a</sup> (parte generale)*, primera traducc. Italiana de la 6<sup>a</sup> ed. alemana por Francesco Bernardino Cicala (Torino 1906).
- DILIBERTO, O., *Studi Sulle Origini Della "Cura Furiosi"*, Serie I. Vol 32. (Napoli 1984).
- DOMINGO, R., *Derecho de la A a la Z. Textos de Derecho romano* (Madrid 2002).
- ESCOBAR DE LA RIVA, E., *La tutela* (Madrid 1943).
- ESCUDERO LUCAS, J.L., *La tuición del menor abandonado: (art. 172 del Código Civil)* (Murcia 1995).

*Facsímil de Las siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono. Nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad, edición de 1555 publicada por la Librería del Boletín Oficial del Estado (Madrid 1985).*

*Facsímil del Fuero Juzgo o Libro de los Jueces, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por La Real Academia Española, Ed. por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M. (Madrid 1815).*

*Facsímil del Fuero Real del Rey Don Alonso en Sabio. Copiado del códice del Escorial y cotejado con varios códices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia. Imprenta Real (Madrid 1836).*

*Facsímil del Fuero Viejo de Castilla. Sacado, y comprobado con el exemplar de la misma Obra, que existe en la Real Biblioteca de esta Corte, y con otros MSS. Imprenta de D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M. (Madrid 1771).*

FENECH NAVARRO, M., “La incapacitación del enfermo mental”, en *RDPI* (Madrid 1979).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano “Iurisdictio voluntaria””, en D. 1.16.2.pr., *Estudios Homenaje a Juan Iglesias* (Madrid 1987) pp. 197-215.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria” en *Derecho romano, Estudios Homenaje a A. D’Ors*, vol. I (Pamplona 1987) pp. 427-457.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “A propósito de la competencia en materia de iurisdictio voluntaria en Derecho romano”, en *Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N.*, T. 28 (1988) pp. 91-134.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho procesal civil*, T. II (Barcelona 1992).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, 3<sup>a</sup> edic. prólogo de M. Amelotti (Madrid 1999).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano y recepción del Derecho romano en Europa*, 4.<sup>a</sup> edic., Civitas (Madrid 1999).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción Voluntaria* (Madrid 2000).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Jurisdicción voluntaria 2001. La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000”, en *Derecho y Opinión*, (Córdoba 2000) pp. 329-342.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria”, en *Revista del Colegio de Abogados de Lugo* (Lugo 2001) pp. 22-24.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa”, en *Actualidad Civil*, n.º 36 (2001) pp. 1277-1306.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (1)”, en *Actualidad civil*, n.º 4 (2001) pp. 1277-1316.



FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Jurisdicción voluntaria: sanción constitucional”, nº 37, en *Actualidad Civil* (2001) pp. 1317-1341.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa”, en *Actualidad Civil*, nº 36, (2001), pp. 1277 a 1306, y nº 37 (2001) pp. 1317 a 1341.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 3 (Madrid 2001) pp. 89-149.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 5 (Madrid 2001) pp. 89-148.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Los principios informadores de la Jurisdicción Voluntaria: una propuesta de futuro”, en *Anuario de Derecho de la UAM*, vol. 3 (Madrid 2001) pp. 89 a 149.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La Jurisdicción Voluntaria* (Madrid 2001).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias”, en *Libro Homenaje a Sánchez Mera*, (Madrid 2002) pp. 1997-2036.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La jurisdicción voluntaria: una reforma legislativa pendiente”, en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, vol. 4 (2002) pp. 537-606.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente”, *Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia*, vol. IV (Madrid 2002) pp. 537-606.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “A propósito del futuro Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en *Revista del Colegio de Abogados de Lugo* (Lugo 2001, 2002) pp. 18-22.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria”, *Portal electrónico de Derecho, IUSTEL* (2002).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro”, en *Derecho de los Negocios*, nº 163 (2004) pp. 5-15.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria”, en *Revista General de Derecho romano*, nº 3 (2004).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Interrogantes (III)”, *Tribuna Pública, Mercados*, en *Voz de Galicia*, 26-09-2004.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Jurisdicción Voluntaria: Historia (I)”, *Tribuna Pública, Mercados*, en *Voz de Galicia*, 12-09-2004.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Problemas (II)”, *Tribuna Pública, Mercados*, en *Voz de Galicia*, 17-09-2004.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Soluciones (IV)”, *Tribuna Pública, Mercados, en Voz de Galicia*, 3-10-2004.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Jurisdicción voluntaria: interrogantes, problemas y soluciones”, en *Revista General de Derecho romano*, nº 3 (2004).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y futuro”, *Estudios Homenaje Manuel Albaladejo, T. I* (2004) pp. 1655-1691.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, publicado en la *Revista General de Derecho romano*, núm. 5, (Año 2005), y en la página web: <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Docs/Conferencia%20Dr.pdf>

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones”, en *Diario La Ley*, de 23 de marzo de 2005, (2005) pp.1-9.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “*Jurisdicción Voluntaria*”, en ABC, 21-5-2005.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La jurisdicción voluntaria: una reforma legislativa pendiente”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 43 (2005) pp. 333-370.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma de la jurisdicción voluntaria”, Otrosí, en *Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, septiembre de 2005 (Madrid 2005) pp.16-19.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La hora de la Jurisdicción Voluntaria”, *Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo* (2005) pp. 1901-1921.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Los profesionales del derecho y la jurisdicción voluntaria”, Ponencia General presentada en el XVII Congreso Nacional de Profesores de Derecho romano de la República Argentina, General Roca (La Patagonia octubre de 2005).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma de la Jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2 (2005), pp. 1656-1668 y en *Revista General de Derecho romano*, nº 5 (2005).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Reflexiones sobre el anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 13 (Madrid 2005) pp. 109-132.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en Derecho romano* (Madrid, 2006).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones”. *Revista de derecho*, Año 5, nº 9, (2006), p. 87, Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Montevideo el día 11 de Octubre del año 2005 (Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo), y en la página web: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Fernandez-de-Bujan-La-reforma-de-la-jurisdiccion-voluntaria-Problemas-interrogantes-soluciones.pdf>. Visionado febrero 2013.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones”, en *Filia*. Scritti per Gennaro Franciosi, coord. F. M. D' Ippolito, Vol. 2 (Napoli 2007) pp. 793-820.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006”, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 133 (2007) pp. 535-564.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una Teoría General de la Jurisprudencia*, IUSTEL (Madrid 2007).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La jurisdicción voluntaria en el marco del Estado constitucional de derecho”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLVII, Separata (Madrid 2007) pp. 601-655.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en España, de octubre de 2006”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 11 (2007).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones”, en *Filia*. Scritti per Gennaro Franciosi, coord. F. M. D' Ippolito, Vol. 2 (Napoli 2007) pp. 793-820.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Protección patrimonial de las personas con discapacidad en el derecho español”, en *Estudios de Derecho romano en homenaje al prof. Dr. D. Francisco Samper*, coord. P.I. Carvajal, Universidad Católica de Chile (Santiago 2007) pp. 355-372.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Protección patrimonial de las personas con discapacidad en derecho español”, *Religión y Cultura*, LIII (2007), pp.

835-836, en la página web:

[http://www.religionycultura.org/2007/243/RyC243\\_5.pdf](http://www.religionycultura.org/2007/243/RyC243_5.pdf)

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (I)”, en *Economist & Jurist*, 2444-3166, vol. 15, nº 106 (2007) pp. 100-105.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Proyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (II)”, en *Economist & Jurist*, vol. 15, nº 107 (2007) pp. 60-68.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma de la jurisdicción voluntaria y la atención a las situaciones de incapacidad, dependencia y vulnerabilidad”, en *La defensa jurídica de las personas vulnerables*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto 2007. (Pamplona 2008) pp. 405 -444.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 3<sup>a</sup> ed. (Madrid 2010).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria”, en *Revista jurídica del notariado*, nº 79 (2011) pp. 177-226.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Memoria histórica de la jurisdicción voluntaria”, en *Revista de derecho UNED*, nº 8 (2011) pp. 127-150.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores”, en *Diario La Ley*, nº 7866 (2012) y en *Revista General de Derecho romano* (2012).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Reflexiones y propuestas a propósito de la futura ley de jurisdicción voluntaria”, en *Revista de derecho UNED*, nº 11 (2012) pp. 961-1006.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Operadores jurídicos competentes en jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 28 (Madrid 2013) pp. 53-65.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”, en *Diario La Ley*, nº 8273, Sección Doctrina, 18 Mar. 2014. La Ley 1199/2014, pp. 1-2 (2014) y en la página web: [http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin59/Arts.\\_59/Fernandez-Bujan.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin59/Arts._59/Fernandez-Bujan.pdf)

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “A propósito del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 883 (2014).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Misteriosa, heterogénea y fascinante jurisdicción voluntaria”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 890 (2014).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La Ley de Jurisdicción Voluntaria, en el umbral de su aprobación”, en *Actualidad jurídica Aranzadi* nº 908 (2015).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma en curso de la jurisdicción voluntaria”, en *Revista Newslet, Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales*, nº 2 (marzo 2015), pp. 18-24.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La reforma en curso de la Jurisdicción Voluntaria”, publicado en *Newslet*, nº 2, (marzo 2015), pp. 20-22.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios”, publicado en “El notario del siglo XXI”, página web: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/1211-jurisdiccio->

voluntaria-rectificar-es-de-sabios-0-1960601603575611. Visionado en junio 2015.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Régimen jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria” en *Diario La Ley*, nº 8496 (2015).

FRANCIOSI, G., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato* (Torino 1989).

FUENTESECA, P., *Derecho privado romano* (Madrid 1978).

GARCÍA GALLO, A., *Estudios de Historia del Derecho Privado* (Sevilla 1982).

GARCIA GARCIA, E. - MIGUEL ALONSO, A., “Enfermedad mental y monomanía. Estudio de tesis doctorales en España (1850-1864), en *Revista de Historia de la Psicología*, vol. 2, nº 3-4 (Madrid 2001) pp. 335-342.

GARCÍA MÁZ, F.J., *Breves notas al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en relación a la Función notarial*. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 11/2014, pp. 298-309, en la página web: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>. Visionado en julio 2015.

GARCÍA VÁZQUEZ, M.C., “La polémica en torno al concepto de furiosus”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid 1978) pp. 185-192.

GARCIA-LUBÉN BARTHE, P., *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas. Análisis del procedimiento actual y del previsto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Madrid 1999).



GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado* (Barcelona 1992).

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (Madrid 1985).

GHIRARDI, J. C., *Inhabilitación Judicial. Embriaguez habitual, uso de estupefacientes, disminución de las facultades, prodigalidad* (Buenos Aires 1980).

GIOFFREDI, C., *Contributo allo studio del proceso civile romano: (note Critiche e spunti riconstitutivi)* (Milano 1947).

GIRARD, P. F., *Manuel Elementaire de Droit Romain* (Paris 1924).

GLUCK, F., *Commentario alle Padette, lib. XXVII* (trad. y anotado por G. Baviera y C. Longo) (Milano 1908).

GÓMEZ DE LA SERNA, P. Y MONTALBÁN, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España I* (Madrid 1874).

GÓMEZ GARZÁS, J., “Las enfermedades que cursan con deterioro cognitivo y sus efectos e incidencia en la esfera patrimonial de la persona”, ponencia impartida en el seno de las *Jornadas nacionales sobre protección jurídica contra la violencia de género*, celebradas en la Universidad de A Coruña los días 19 y 20 de julio de 2005, bajo la dirección del Profesor. Dr. PÉREZ CRUZ MARTÍN, coordinadas por el Profesor. Dr. BUSTO LAGO (EDB 2005/328730).

GONZÁLEZ POVEDA, B., *Jurisdicción Voluntaria (doctrina y formularios)*, 3.<sup>a</sup> ed., (Pamplona 1997); y AA.V.V., *Cuadernos de Derecho Judicial*.

*Jurisdicción Voluntaria*, coordinador González Poveda, B., Consejo General del Poder Judicial, (Madrid 1997).

GONZÁLEZ POVEDA, P. *Jurisdicción Voluntaria* (Pamplona 1997).

GRANADOS DE ASENSIO, D.M., “Notas sobre la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil Vasco”, en la página web: <http://www.notariosyregistradores.com/web/cuadros/ley-de-derecho-civil-vasco/> (visionado en septiembre de 2015).

GROSSI, P., “Un Derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval” en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 9 (1997) pp.167-178,

GUARINO, A., *Notazione romanistiche, II: La lex XII Tabularum e la tutela, Studi in onore S. Solazzi* (Napoli 1948).

GUERRA PÉREZ, M., *¡Aprobada la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria!*, Director de Sepín Proceso Civil, 3 de julio de 2015, en <http://blog.sepin.es/2015/07/aprobada-la-nueva-ley-de-jurisdiccion-voluntaria/>; (Visionado en agosto de 2015), pp. 1-20.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable* (Madrid 1996).

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, I* (Madrid 1862).

GUZMÁN, A., *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*. (Pamplona 1976).

HEBRERO HERNÁNDEZ, J.A., “El nuevo Derecho civil Vasco”, en la página web:

<http://tuguialegal.com/2015/07/20/el-nuevo-derecho-civil-vasco/>.

Visionado en agosto 2015, pp. 1-4.

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

IMBERT, J. *Postiliminium* (París 1944).

JOBBE-DUVAL, E., “Les “decreta” des magistrats parvus de la jurisdiction “inter privatos”, en *Studi Bonfante* 3 (Milano 1930)

KARLOWA, O. G.G., *RRG. II*, (Leipzig 1901).

KASER, M., *Derecho romano Privado*, trad. de la 5ª edición alemana por J. Santa Cruz de Teijeiro (Madrid 1968).

KRÜGER, H., “Recens. Adrien Audibert, Etudes sur l’histoire du droit romain”. en *I. La folie et la prodigalité*, SZ 14 (París 1892) pp. 260-274,

LAURIA, M. *Iurisdictio, Studi in memoria di P. Bonfante II* (Milán 1930)

LEIFER, F., *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht* (München 1914)

LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis* (Leipzig 1889).

LEONSEGUI GUILLOT, R. A., “Cuestiones prácticas que plantea la autotutela tras su regulación en el Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, ponencia impartida en el seno de las *Jornadas nacionales sobre protección jurídica contra la violencia de género* celebradas en la Universidad de A Coruña los días 19 y 20 de julio de 2005 bajo la dirección del Prof. Dr.

PÉREZ CRUZ MARTÍN, coordinadas por el Prof. Dr. BUSTO LAGO (EDB 2005/331046).

LETE DEL RÍO, J.M. *La responsabilidad de los órganos tutelares* (Valladolid 1965).

LONGO, G., “Postille crettiche in tema di captivitas” en *IURA* 8 (Napoli 1957), pp. 29-42.

LUDEÑA BENÍTEZ, O.D., *Razones para una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria. Análisis de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto y el Anteproyecto de 2013*, 16/10/2014, en la página web: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/Arts.-doctrinales/4935-razones-para-una-nueva-ley-de-jurisdiccion-voluntaria-analisis-de-la-exposicion-de-motivos-de-la-propuesta-de-anteproyecto-y-el-anteproyecto-de-2013/>; Visionado en junio 2015.

MARTÍN SANZ, L., *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana* (Madrid 1998).

MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.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)”, publicado en *Anuario de Derecho civil*, abril-junio 2004, pp.775-825 y posteriormente *Revista General del Derecho romano*, nº 4 (junio 2005) pp. 1-66.

MARTÍNEZ MAROTO, A., “La incapacitación”, 30-09-2003, Madrid, Portal Mayores  
Fecha publicación: 1/12/2003 en *Informes Portal Mayores*, nº 11, (Madrid 2003), pp. 1-16; y en la web

<http://www.insersomayores.csic.es/documentos/documentos/martinez-incapitacion-01.pdf>. Visionado en abril 2015.

MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta* (Valencia 1998).

MAYOR DEL HOYO, M.V., “Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas”, en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, I. Persona y Familia, coordinado por DE SALAS MURILLO, S. (Madrid 2013) pp. 193-210.

MAZA DOMINGO, J., *Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*, 01.04.2011, en la página web: [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Principales-Libro-Segundo-Codigo-Catalunya\\_11\\_273430003.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Principales-Libro-Segundo-Codigo-Catalunya_11_273430003.html). Visionado en marzo de 2015, pp. 1-15.

MITTEIS, L., (RPR. 1) *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians 1: Grundbegriffe und lehre von den Jurisdisdischen Personen* (Leipzig 1908).

MONTAÑANA CASANÍ, A., *La situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra* (Valencia 1996).

MONTEMAYOR ACEVES, M. E., traducción, introducción, notación e índice de palabras, *Fragmentos Vaticanos. Latín-español*, en la página web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1075>. Biblioteca Iuridica

Latina Mexicana. Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. 1<sup>a</sup> edic. (México D.F. 2003). Visionado en marzo de 2015.

MOYA GUIRAO, M., 2010, 22/12/2010 en la página web: <http://psicoterapeutas.eu/monomania/Monomanía>. Visionado en marzo 2015.

MUÑOZ ROJAS, T., “Sobre la Jurisdicción voluntaria” en *Actualidad Civil*, 1989, n.º. 39, semana 22, (1990), pp. 577-585.

NAVARRO AMANDI, M., *Reglamento General para la ejecución de la Leyes Civiles españolas*, I (Madrid 1881).

NOGUERA NEBOT, T., Ponencia “La Ley 41/2003 de protección a las personas con discapacidad y la sustitución fideicomisaria”, expuesta en el *Congreso Internacional de Derecho de Familia. Jornadas internacionales celebradas el 27, 28 y 29 de junio de 2005* (Madrid 2005).

*Nueva Enciclopedia Jurídica, F.* (Barcelona 1954).

OGÁYAR, T., LETE, J.M., *De la Guarda de Hecho*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por Manuel Albadalejo. T. IV (Madrid 1985).

OLIVER SOLA, M.C., “Precedentes romanos sobre la adopción, tutela y curatela”, en *Revista de Dereito* Vol 18, n.º 2 (Pamplona 2009) pp. 181-220.

ORTEGA PARDO, G., “La tutela de hecho”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, (julio-agosto 1947) (Madrid 1947) pp. 80-112.

OSSORIO SERRANO, J.M., *La prodigalidad* (Madrid 1987).

PALOMINO DÍEZ, I., “La organización de la tutela como tutela de familia o tutela de autoridad: un dilema histórico”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios 2008, en la página web: <http://nuevomundo.revues.org/index23013.html>. Visionado en marzo 2015, pp. 1-15.

PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano* (Barcelona 2002).

PANERO ORIA, P., “La datio tutoris en la Lex Irnitana cap. 29”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* nº 81 (Enero 2011) pp. 973-996.

MATA, P., *Vade Mecum de medicina y cirugía legal* (Madrid 1844).

PÉREZ ALGAR, F., en “La incapacitación” en *Estudios sobre la incapacitación e instituciones tutelares* (Madrid 1984) pp. 73-109.

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ ARRACO, J. M., *Breviario de Derecho Germánico* (Madrid 1993).

PERIÑÁN GÓMEZ, B., *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: absentia y postliminium* (Granada 2008).

PESET REIG, M., “Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código Civil español”, en *RCDI*, (I) (Madrid 1971) pp. 297-338.

PFAFF, I., *Zur Geschichte der Prodigalitätserklärung*, (Wien 1911).

PLANELLS DEL POZO, M. C., en *Jurisdicción Voluntaria en la UINL y su relación con el notario*. AAVV, en VII Congreso Notarial Español. La Justicia Preventiva en el Espacio Jurídico Europeo. Desafíos del Notariado Español. Consejo General del Notariado 2002.

- PUGLIESE, G., *Il processo sivile romano* 2.1 (Milano 1963).
- PUGLIESE, G., *Instituzione Di Dritto Romano*, 3<sup>a</sup> ed. (Torino 1991).
- RAMOS MÉNDEZ, F., *La Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio* (Madrid 1978).
- RATTI, U., *Studi sulla captivitas e alcune repliche in tema di postliminio*, en *Bull. Dell'Ist. Dir. Rom.* 35 (1927),
- RATTI, U., *Studi sulla captivitas*, (Napoli 1980).
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A., en *Jurisdicción Civil y Notariado*, en *Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España*, promovidos por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y el Ministerio de Justicia, Tomo II, pp-249-262 (Madrid 2004).
- RODRÍGUEZ-YNYESTO VALCARCE, A., *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona* (Pamplona 1991).
- ROGEL VIDE, C., *La guarda de hecho* (Madrid 1986).
- ROTONDI, G., “Note sull’istituto della inhabilitazione del prodigo”, en *Scritti*, vol. III (Milano 1992) pp. 307-315.
- SANCHÉZ-ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil, II, Parte General* (Madrid 1911).
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil, V, Derecho de Familia, vol II*, (Madrid 1912).
- SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)* (Valencia 2000).



SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana*, (Madrid 1998).

SAURA MARTÍNEZ, L. F., *Incapacitación y tutela* (Madrid 1986).

SERTORIO, L., *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* (Roma 1971).

SOHM, R., *The Institutes of Roman Law* (Oxford 1907)

SOLAZZI, S., “Tutela e postliminio”, en *Rediconti dell’Istituto Lombardo di Scienze e Lettere* 49 (Milán 1916).

SOLAZZI, S. “Interdizione e cura del prodigo nella legge delle XII Tavole”, *Studi in onore di Pietro Bonfante*, vol. 1 (Napoli 1928) pp. 47-69.

SOLAZZI, S., *Istituti Tutelari* (Napoli 1929).

SOLAZZI, S. “Studi sulla tutela 3”, en *Scritti di Diritto romano*, T. 3. (Napoli 1960).

SOLAZZI, S., “Jurisdictio contentiosa” e “jurisdictio voluntaria” Nelle fonti romane, en *Scritti di diritto romano III* (Napoli 1960) pp. 163-197.

SOLAZZI, S., “Il concepto del ius postliminium”, en *Scritti di Diritto Romano IV* (Napoli 1963) pp. 565-639.

SOLAZZI, S., “Furiosus vel demens”, *AG 143*, (1952), pp.16-24, p. 21; y en *Scritti di Diritto Romano V* (Napoli 1972) pp. 361 ss.

SOLAZZI, S., *Scritti di Diritto romano* (Napoli 1955 a 1972).

TAUBENSCHLAG, R., *Vormundschaftsrechtliche Studien* (Berlín 1913).

- TOMULESCU, C., “St. Justinien et les prodigues (Quelques problèmes)”, AAC 1 (1975) pp. 377-389.
- TORRENT, A., “Lex Irnitana: cognitio de los magistrados locales en interdictos, y limitación a su competencia por cuantía” en [www.teoriadeldirittoprivado](http://www.teoriadeldirittoprivado), 1 (2005), pp. 1-44, 5=AFDUCD, 12 (2008) pp. 987-1006.
- VALCARCE RUIZ, V., “Los procesos de incapacitación y de la reintegración de la capacidad declarada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los juicios declarativos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. [www.valcaceabogdoscom/IncareintegrLEC.pdf](http://www.valcaceabogdoscom/IncareintegrLEC.pdf). Visionado en junio 2015.
- VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., “Evolución histórica de las instituciones tutelares” en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares* (Madrid 1984).
- VOIGT, M., *Die XII Tafeln* (Leipzig 1883).
- VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. de J. Daza (Madrid 1988).
- VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Español de DAZA-MARTÍNEZ (Madrid 1986).
- WATSON, A., *The Law of persons in the later Roman Republic* (Oxford 1984).
- WLASSAK, M., *Kritische Studien Zur Theorie Der Rechtsquellen Im Zeitalter Der Klassischen Juriste*, (Leipzig, Meiner 1884).

## **INDICE DE FUENTES**

---



<b>A.- FUENTES ROMANAS</b>	<i>PAULI SENTENTIAE</i> (Paul. Sent.)
	Paul. Sent. 3.4a.7 ..... 101, 104
<b>1.- <u>FUENTES JURÍDICAS</u></b>	105, 107
<b>1.1.- <u>FUENTES PREJUSTINIANEAS</u></b>	<i>GAI INSTITUTIONES</i> (Gai.)
	I. 185 ..... 46
<b>LEX XII TABLAS</b> (Tabla)	I. 186 ..... 46
V ..... 71, 73	I. 187 ..... 46,
V. 1 ..... 69, 73	134
V. 2 ..... 69, 73	I. 188 ..... 46
V. 3. 5 ..... 73, 77	I. 189 ..... 46
V. 5 ..... 72	I. 190 ..... 46
V. 6 ..... 73	I. 191 ..... 46
V. 7 ..... 71, 73	I. 192 ..... 51
V. 7.a) ..... 71, 75	I. 193 ..... 46
V. 7.c) ..... 91	I. 194 ..... 46
VIII ..... 71	I. 195 ..... 46
<b>FRAGMENTA VATICANA</b> (FV)	<b>1.2.- <u>FUENTES JUSTINIANEAS</u></b>
156 ..... 42	
238 ..... 118	<i>INSTITUTIONES</i> (Inst.)
247 ..... 41, 42	1. 13.1 ..... 55

1. 20.....	46	26. 1. 1. 2.....	117, 175
1. 20. 2.....	134	26. 1. 1. 3.....	117, 118
1. 20. 5.....	61		175
1. 23. 4.....	119, 175	26. 1. 3pr.....	79, 80
1. 23. 6.....	122	26. 1. 3. 1.....	78, 80
2. 12.1.....	23	26. 1. 3. 3.....	60
		26. 1. 6.....	37
DIGESTO (D.)		26. 1. 6pr.....	82, 120
1. 1. 10pr.....	28	26. 1. 6. 1.....	35, 36
1. 5. 20.....	33	26. 1. 6. 2.....	11, 26
1. 14. 3.....	33, 34		33, 35
1. 16. 2pr.....	275, 281		36 a 49
1. 16. 2. 1.....	275		63, 82
1. 18. 18.....	103	26. 1. 6. 3.....	120, 175
2. 1. 1.....	41, 43	26. 1. 6. 4.....	128
	44, 45	26. 1. 11.....	81, 86
	48, 276		87
3. 1. 3pr.....	41, 43	26. 1. 13pr.....	121, 123
4. 5. 7. 2.....	42	26. 1. 13. 1.....	122
9. 2. 5. 2.....	22	26. 1. 15.....	33, 34
12. 3. 8pr.....	42		35
26. 1. 1.....	55	26. 1. 17.....	81
26. 1. 1. 1.....	54	26. 2. 8.....	180
26. 1. 1pr.....	54, 55	26. 2. 10. 3.....	81, 86
	67	26. 2. 11.....	180

*Instituciones jurídico asistenciales y de guarda para mayores discapacitados:  
Derecho romano, recepción y problemas actuales de la necesaria incapacitación judicial*

26. 2. 12.....	33, 34	27. 1. 13. 2 .....	42
	35, 53	27. 1. 39 .....	42
26. 2. 13.....	53	27. 1. 40pr.....	118, 175
26. 2. 14.....	53	27. 5. 1pr.....	140
26. 3. 1. 3.....	180	27. 5. 1. 1 .....	140
26. 3. 2. 1.....	180	27. 5. 4 .....	140
26. 3. 5.....	180	27. 10. 1 .....	92
26. 3. 8.....	180	27. 10. 1pr .....	24, 91,
26. 3. 9.....	180		93, 97
26. 5. 1pr. ....	40		98, 101
26. 5. 1. 2.....	40		105, 107
26. 5. 3.....	40	27. 10. 1. 1 .....	92
26. 5. 8. 1.....	62	27. 10. 6 .....	83
26. 5. 8. 2.....	60	27. 10. 7pr.....	23
26. 5. 8. 3.....	119, 175	27. 10. 10pr.....	24
26. 5. 12.....	93	27. 10. 15pr.....	92, 111
26. 5. 12. 1.....	114	27. 10. 16pr.....	84, 112
26. 5. 12. 2.....	92, 104,		113
	106, 107	27. 10. 16. 1 .....	112, 113
26. 7. 3. 5.....	41		114
26. 7. 3. 9.....	43	27. 10. 16. 2 .....	113, 114
26. 7. 36.....	41, 43	27. 10. 16. 3 .....	113, 115
26. 10. 1. 4.....	44	27. 10. 17 .....	85
26. 16pr .....	175	38. 5. 1. 16 .....	103
27. 1. 13pr .....	42	38. 5. 1. 17 .....	103

38. 16. 1. 4 .....	125, 126	C.I.L. V.1874 .....	41, 42
39. 2. 13. 3 .....	42		
40. 1. 13 .....	53	<b>FUENTES LITERARIAS</b>	
42. 1. 15pr.....	41	Cic. de Off., 2.16.....	94, 95
42. 1. 45. 2 .....	156		
46. 2. 3 .....	24	<b>B.- <i>IUS COMMUNE</i></b>	
47. 2. 3 .....	22		
46. 7. 3. 5 .....	41, 43	<b>1.- <u>FUERO JUZGO</u></b>	
49. 1. 20 .....	42	(Libro, Título, Ley):	
49. 4. 1. 1 .....	42	III, IV, IV .....	151, 156
49. 15. 12. 1 .....	132	IV, III, I .....	150
49. 15. 19. 3 .....	132, 133	IV, III, III.....	167
49. 15. 22. 2 .....	133	IV, III, IV .....	151. 156
49. 15. 22. 2.a).....	133		
50. 1. 29 .....	42	<b>2.- <u>FUERO VIEJO DE CASTILLA</u></b>	
		(Libro, Título, Ley):	
		V, IV.....	158
		V, IV, I .....	158, 160
		V, IV, II.....	160
		V, IV, III.....	160, 161
		V, IV, IV .....	162, 163
		<b>3.- <u>FUERO REAL DE ESPAÑA</u></b>	
		(Libro, Título, Ley):	
		III, III.....	168
		III, IV, I .....	167
<b>CODEX (C.):</b>			
1. 39. 1 .....	41		
1. 50. 2 .....	41		
5. 28. 2 .....	88		
5. 52. 2. 1 .....	43		
5. 62. 14. 1 .....	42		
5. 68. 1.....	118, 175		
<b>FUENTES EPIGRÁFICAS</b>			



III, IV, II.....	166, 167	187, 186
III, IV, III.....	167	VI, XVI, XIII..... 76, 177,
III, IV, I.....	165, 166	186, 192
		VI, XVI, XV ..... 194

4.- LAS PARTIDAS

(Partida, Título, Ley):

III, XVI, VIII.....	189
III, XXX, III.....	189
III, XXX, IV.....	192
IV, I, VIII.....	189
IV, II, IV.....	188, 190
V, XI, IV.....	196
V, XI, V.....	196, 198, 199, 200
VI, I, IX.....	189, 201
VI, I, XIII.....	190, 201
VI, XVI, I.....	172
VI, XVI, III.....	179
VI, XVI, IV,.....	173, 175, 176
VI, XVI, VI.....	180, 186
VI, XVI, VIII.....	179
VI, XVI, IX.....	182
VI, XVI, XI.....	182, 185
VI, XVI, XII.....	183, 184,

**C.- FUENTES JURÍDICAS**

**MODERNAS**

1.- LEY DE ENJUICIAMIENTO

CIVIL DE 1855, arts.:

1.221.....	208
1.222.....	208
1.223.....	208
1.227.....	185
1.228.....	185
1.231.....	205, 209
1.232.....	209
1.233.....	209
1.234.....	209
1.235.....	209
1.236.....	209
1242.....	212
1.243.....	205, 210 212
1.244.....	210, 212
1.253 a 1.260.....	205

1.261 a 1.270 .....	206	282.....	230
1.271 a 1.276 .....	206	283.....	230
		284.....	230
<b>2.- LEY DE ENJUICIAMIENTO</b>		285.....	231
<b><u>CIVIL DE 1881, arts.:</u></b>		286.....	231
43 a 52 .....	222, 303	287.....	231
483. 3 .....	213, 217,	288.....	231
	218	289. 1.....	231
1.811 a 2.174 .....	214	289. 2 .....	231, 232
1.838.....	185	290 .....	232
1.841 a 1.843 .....	219	308 .....	232
1.847 .....	216, 217	309 .....	232
1.848 .....	210, 212		
1.873 .....	215, 217	<b>5.- <u>PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL</u></b>	
1.879 .....	218	<b><u>DE 1869</u></b> .....	233
<b>3.- <u>PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL</u></b>		<b>6.- <u>CÓDIGO CIVIL DE 1889 (C.C.),</u></b>	
<b><u>DE 1821, arts.:</u></b>		<b>arts.:</b>	
394 a 401 .....	227	30.....	335
<b>4.- <u>PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL</u></b>		32 .....	229
<b><u>DE 1851, arts.:</u></b>		56 .....	249
278 .....	229	154 .....	261
279 .....	229	158.....	311
280 .....	230	164.....	311
281 .....	230, 231	165.....	311

*Instituciones jurídico asistenciales y de guarda para mayores discapacitados:  
Derecho romano, recepción y problemas actuales de la necesaria incapacitación judicial*

167.....	311		319
170.....	261	216 .....	311
171. 2. 4.....	249	217 .....	254, 260
172.....	48, 259,	218 .....	254, 313
	260, 261,	219 .....	304, 304
	387	220 .....	255, 267
172. 1.....	388	221 .....	254
172. 1. 3.....	261	222 .....	247
172. 2 .....	261	223 .....	134, 256,
199 .....	76, 78,		257, 258,
	220, 252,		342
	241, 242,	223.2 .....	256, 258
	244, 248,	224 .....	256
	318	226 .....	257
200.....	76, 234,	229 .....	258
	248	230 .....	257
201.....	241, 242,	231 .....	221, 258
	247	234 .....	256, 258,
207.....	241		260, 385
208.....	241	234.1 .....	259
210.....	241	235 .....	259
213.....	241	239 .....	221, 259,
214.....	241		260
215.....	241, 247,	242 .....	385
	254, 263,	243 .....	261

244 .....	261	293 .....	78, 265
245 .....	261	294.....	250
247 .....	221	295.....	250
249 .....	313	296.....	250
251. 2.....	263	297.....	78, 250
255 .....	221	298.....	250
256.....	313	299.....	265
259 .....	313	299bis .....	313, 314,
263 .....	313		266
264 .....	313	300.....	266, 313,
265 .....	313, 314		314
267 .....	319	301ss.....	265, 313
268 .....	221	302.....	265, 266,
270 .....	264, 388		267, 313,
271 .....	221		314
286 .....	231, 263	303.....	267, 319,
287 .....	247, 263		322
288 .....	231, 263,	304.....	140, 267,
	264		319, 322
289 .....	264, 319	305.....	140
289. 1 .....	231	306.....	267, 287,
289.2.....	231		319
290 .....	264, 319	521ss.....	262
291 .....	265	763.....	269
292 .....	264	822.....	237, 239

1.041.....	237, 239	<u>Y DE MODIFICACIÓN DEL</u>
1.732.....	256	<u>CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE</u>
Disp. adicional cuarta.....	237, 239	<u>ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA</u>
		<u>NORMA TRIBUTARIA CON ESTA</u>
		<u>FINALIDAD</u> , arts:
7.- <u>CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA</u>		2 ..... 256
<u>(C.E.)</u> ,		13 ..... 237
arts.:		
9. 2.....	284, 373	9.- <u>LEY 39/2006, DE 14 DE</u>
9. 3.....	247	<u>DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE</u>
10.....	247	<u>LA AUTONOMÍA PERSONAL Y</u>
17.....	247	<u>ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN</u>
24.....	247	<u>SITUACIÓN DE DEPENDENCIA</u> ,
32.....	248	arts.:
49.....	236, 247	1 ..... 243
53.....	248	2 ..... 243
53.3.....	284	10.- <u>LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO,</u>
117.3.....	278	<u>DE ENJUICIAMIENTO CIVIL</u> , arts.:
117. 4.....	278	8. 1 ..... 315
149.....	382	52. 1. 5 ..... 211, 306
149. 1. 6.....	254	525. 1 ..... 315
149. 1. 8.....	254	748 ..... 315
		749 ..... 315
		755 ..... 272
8.- <u>LEY 41/2003, DE 18 DE</u>		756 ..... 211, 269
<u>NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN</u>		757 ..... 269, 353
<u>PATRIMONIAL DE LAS</u>		
<u>PERSONAS CON DISCAPACIDAD</u>		

757. 5 .....	251	18.....	299
758 .....	269, 315,	19.....	299
	316	20.....	299
759 .....	270	21.....	299
760 .....	270	22.....	299
761 .....	272	23.....	299
762 .....	269	43.....	303
763 .....	269	43. 3.....	304
Disp. derogatoria única.....	222, 245,	44.....	235, 240,
	246, 291,	.....	403
	298	45.....	235
		46.....	235
11.- <u>LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO,</u>		47.....	235
<u>DE LA JURISDICCIÓN</u>		48.....	235
<u>VOLUNTARIA</u> , arts:		49.....	235
1 a 8 .....	299	50.....	235
2 a 22 .....	299	51.....	235
9 .....	299	52.....	235
10.....	299	56.....	240, 308
11 .....	299	57.....	240, 241,
12 .....	299		308
13 .....	299	58.....	240, 308,
14 .....	299		309
15 .....	299	58. 1.....	240
16 .....	299	58. 3.....	240
17 .....	290		

59.....	240	Disp. adicional tercera .....	324
60.....	303, 310		
61 a 80.....	303	B.- LEY 11/1996, DE 29 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 39/1991, DE TUTELA E INSTITUCIONES TUTELARES, arts.:	
87.....	312	1 .....	323
87. 1.....	312	3 .....	324
87. 3.....	312	4 .....	324
88.....	312		
88. 2.....	312	C.- LEY 9/1998, DE 15 DE JULIO, DEL CODI DE FAMÍLIA, (C.F.), arts:	
89.....	312	135 .....	338
91 a 95.....	299	167 .....	319
96 a 99.....	299	172 .....	325
100 a 107.....	299	172. 1 .....	325
108 a 111.....	299	209. 1 .....	311
112 a 148.....	299	211. 1 .....	323, 336
		221. 1 .....	317, 325
12.- <u>DERECHO FORAL Y</u>		242 .....	319
<u>AUTONÓMICO</u>		242. 1 .....	319
12.1.- DERECHO FORAL CATALAN		253 .....	320
A.- LEY 39/1991, DE 30 DE		253ss. ....	319
DICIEMBRE, DE TUTELA E		254 .....	322
INSTITUCIONES TUTELARES, arts:		255 .....	322
4.....	324	256 .....	322
5.....	324		
5.1.....	324		
5.2.....	324		

258. 2 .....	322	221-2 .....	337
Disp.final Primera.....	316	222-1 .....	322
		222-1 e) .....	323
D.- LEY 19/1998, DE 28 DE		222-1-2 .....	322
DICIEMBRE, SOBRE		222-2 .....	337
SITUACIONES CONVIVENCIALES		222-2-3 .....	337
DE AYUDA MUTUA, arts:		222-3-1 .....	339
1 .....	326	222-2-3 .....	337
		222-4-3 .....	338
E.- LEY 22/2000, DE 29 DE		222-9 .....	338
DICIEMBRE, DE ACOGIMIENTO		222-10-2 d).....	338
DE PERSONAS MAYORES, PARA		222-10-3 .....	338
REGULAR SITUACIONES		222-10-4 .....	238
ESPECIALES DE CONVIVENCIA		222-15 .....	338
RESPECTO A PERSONAS		222-18 .....	339
MAYORES, arts:		222-31 .....	339
1.1 .....	327	223-6 .....	339
1.3 .....	327	224-4 .....	339
		225-2 .....	339
F.- LEY 25/2010, DE 29 DE JULIO,		225-3-2 .....	340
DEL LIBRO SEGUNDO, DEL CODI		226.....	340
DE FAMILIA DE CATALUNYA,		227-1 a 227-9 .....	341
(C.C.CAT), arts:		227-2-2 .....	341
211-3.....	236	227-5 .....	341
211-3-3 .....	236	233-10 .....	339
212-4.....	336		
212-5.....	336		
221-1.....	336		



	A.- DERECHO CIVIL FORAL
12.2.- DERECHO CIVIL GALLEGO	ARAGONÉS. OBSERVANCIAS:
	Observancia. 7. <sup>a</sup> ..... 350, 358
LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE	Observancia. 9. <sup>a</sup> ..... 351
DERECHO CIVIL DE GALICIA, arts:	
5.....342	B.-APÉNDICE DE 1925
7.....342	3-2º..... 346
42.....342	8 ..... 351
43.....342	9 ..... 351
45.....343	
12.3- DERECHO FORAL NAVARRO	C.- L.O. 8/1982, DE 10 DE AGOSTO, DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN, arts.:
LA LEY 1/1973, DE 1 DE MARZO, APRUEBA LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA, arts:	35. 1. 4 ..... 354
Ley 50.....344	D.- LEY 13/2006, DE 27 DE DICIEMBRE, DE DERECHO DE LA PERSONA (DERECHO CIVIL ARAGONÉS), arts:
Ley 62.....345	21 ..... 347
Ley 131.....345	31 ..... 348, 358,
Ley 132.....337	32 ..... 349
12.4.- DERECHO FORAL	33 ..... 349
ARAGONÉS	34 ..... 349
	35 ..... 350

35.3 .....	358	34.....	358
36 .....	358	35.....	358, 359
37 .....	358	36.....	340, 359
38 .....	358	37.....	340, 358
38.3 .....	358	41.....	358
39 .....	358	42.....	358
40 .....	358	43.....	358
41 .....	358	44.....	358
42 .....	358	45.....	358
45 .....	358		
95 .....	353	12.5.- DERECHO CIVIL	
96 .....	353	VALENCIANO	
102 .....	353		
135 .....	353	A.- DECRETO 142/1992, DE 30 DE	
Disp. derogatoria única.....	348	JULIO, DEL GOBIERNO	
		VALENCIANO, POR EL QUE SE	
E.- DECRETO LEGISLATIVO		CREA LA COMISIÓN	
1/2011, DE 22 DE MARZO, DEL		VALENCIANA DE TUTELAS Y	
GOBIERNO DE ARAGÓN, POR EL		DEFENSA JUDICIAL DE	
QUE SE APRUEBA EL “CÓDIGO		INCAPACITADOS, arts.:	
DE DERECHO FORAL DE		1.....	365
ARAGÓN”, TEXTO REFUNDIDO		2.....	366
DE LAS LEYES CIVILES		3.....	366
ARAGONESAS, arts.:		4.....	366
31 .....	358	5.....	366
32 .....	358	6.....	366
33 .....	358, 359		

<p>B.- DECRETO 192/1998, DE 30 DE NOVIEMBRE, DEL GOBIERNO VALENCIANO DE ORDENACIÓN DE LA COMISIÓN VALENCIANA DE TUTELAS Y DEFENSA JUDICIAL DE INCAPACITADOS, arts.:</p> <p>1.....368</p> <p>2.....368</p> <p>3.....369</p> <p>4.....369</p> <p>4.....369</p> <p>5.....369</p> <p>7.....370</p> <p>8.....371</p> <p>C.- LEY 11/2003, DE 10 ABRIL, DE LA GENERALITAT, SOBRE ESTATUTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, arts.:</p> <p>43.....376</p> <p>1.....378</p> <p>6.....379</p> <p>12.6.- DERECHO FORAL VASCO</p>	<p>A.- LEY 3/1992, DE 1 DE JULIO, DEL PARLAMENTO VASCO, DEL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO, arts.:</p> <p>1 ..... 380</p> <p>2 ..... 380</p> <p>3 ..... 380</p> <p>4 ..... 380</p> <p>5 a 11 ..... 380</p> <p>12 a 15 ..... 380</p> <p>16 ..... 380</p> <p>17 a 26 ..... 380</p> <p>27 a 28 ..... 380</p> <p>29 ..... 380</p> <p>30 ..... 380</p> <p>32 a 48 ..... 381</p> <p>53 a 145 ..... 381</p> <p>146 a 188 ..... 382</p> <p>B.- NORMA FORAL 9/2000, DE 31 DE OCTUBRE, DE CREACIÓN DEL INSTITUTO TUTELAR DE BIZCAIA, arts:</p> <p>1 ..... 389</p> <p>3 ..... 389</p> <p>4 ..... 389</p>
---	---

C.- LEY 5/2015, DE 25 DE JUNIO,	6.....	30
DE DERECHO CIVIL VASCO, arts.:	16.....	30
39 .....		383
13.- <u>DERECHO PENAL Y</u>	13.4.- L.O. 8/2006, DE 4 DE	
<u>PROCESAL PENAL ESPAÑOL</u>	DICIEMBRE DE 2006, POR LA QUE	
	SE MODIFICA LA L.O. 5/2000, DE	
	12 DE ENERO, REGULADORA DE	
	LA RESPONSABILIDAD PENAL DE	
	LOS MENORES, arts.:	
13.1- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL,	Unico .....	31
arts.		
20 .....		191, 320
20.3 .....		32
25 .....		320
156 .....		279
571 a 580 .....		289
13.2.-LEY 1/2015, DE 30 DE	13.5.- L.O. 8/2012, DE 27 DE	
MARZO, POR LA QUE SE	DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE	
MODIFICA LA L.O. 10/1995, DE 23	EFICIENCIA PRESUPUESTARIA	
DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO	EN LA ADMINISTRACIÓN DE	
PENAL, arts.:	JUSTICIA, POR LA QUE SE	
Disp. Final Segunda.....	MODIFICA LA L.O. 6/1985, DE 1 DE	
	JULIO, DEL PODER JUDICIAL:	
	Disp. adicional segunda .....	32
	13.6.- LEY DE ENJUICIAMIENTO	
	CRIMINAL, arts.:	
	14.1 .....	29
	14.2.....	29
	14.4.....	31
	801.....	31
13.3.- LEY 5/2000, DE 12 DE		
ENERO, REGULADORA DE LA		
RESPONSABILIDAD PENAL DE		
LOS MENORES, arts:		
2 .....		31

13.7.- LEY 41/2015, DE 5 DE  
OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE  
LA LEY DE ENJUICIAMIENTO  
CRIMINAL PARA LA  
AGILIZACIÓN DE LA JUSTICIA  
PENAL Y EL FORTALECIMIENTO  
DE LAS GARANTÍAS  
PROCESALES, arts.:

Unico.1 .....31

14.- NORMATIVA DE DERECHO  
COMPARADO E INTERNACIONAL

14.1.- CONVENCIÓN SOBRE LOS  
DERECHOS HUMANOS DE LA  
PERSONAS CON DISCAPACIDAD,  
APROBADA POR LA  
ORGANIZACIÓN DE NACIONES  
UNIDAS EL 13 DE DICIEMBRE DE  
2006, arts.:

Art. 1 .....236

14.2.- CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE  
1804 (*CODE*), arts.:

361 y ss.....204

417.....204

*M<sup>a</sup> Carmen Colmenar Mallén*