



Universidad de
Oviedo

RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril-2023

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 08/03/2023	Fecha de aceptación: 14/04/2023
Palabras clave: <i>Convención de Nueva York 2006, Personas con discapacidad, Reforma legal, Ley 8/2021. Tutela; Curatela</i>	Keywords: <i>New York Convention 2006; Disabled people; Legal reform; Law 8/2021; Guardianship; Conservatorship</i>



LA TUTELA Y CURATELA EN EL DERECHO ROMANO: CONEXIÓN CON LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA TUTELA Y LA CURATELA EN LA LEY 8/2021, SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

GUARDIANSHIP AND CURATORSHIP IN ROMAN LAW: CONNECTION WITH THE CURRENT REGULATION OF GUARDIANSHIP AND CURATORSHIP IN LAW 8/2021, ON PEOPLE WITH DISABILITIES

Rafael Bernad Mainar

Universidad San Jorge (USJ)

rbernad@usj.es

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

rbernad@ucab.edu.ve

ORCID 0000-0002-8764-0443

(BERNAD MAINAR, Rafael. La tutela y la curatela en el derecho romano: conexión con la regulación actual de la tutela y la curatela en la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad. RIDROM [on line]. 30-2023. ISSN 1989-1970. p. 1-75.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Resumen:

Tras la Convención de Nueva York de 2006 sobre las personas con discapacidad surge la necesidad de adaptar la legislación de los países que la suscribieron. Por lo que al ordenamiento jurídico español respecta, la adaptación se produce a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Tomando como referencia la nueva legislación, se estudia la tutela y la curatela en la experiencia jurídica romana para finalmente presentar la comparación entre la reciente Ley 8/2021 y el Derecho romano a partir de las diferencias y similitudes más relevantes que pueden detectarse entre ambos términos objeto de cotejo. Todo ello a los fines de constatar la presencia y huella del derecho romano en los ordenamientos jurídicos vigentes.

Abstract:

After the 2006 New York Convention on persons with disabilities, the need to adapt the legislation of the countries that signed it arises. As far as the Spanish legal system is concerned, the adaptation occurs through Law 8/2021, of June 2, which reforms the civil and procedural legislation for the support of people with disabilities in the exercise of their juridical capacity. Taking the new legislation as a reference, guardianship and conservatorship are studied in the Roman legal experience to finally present the comparison between the recent Law 8/2021 and Roman Law based on the most relevant differences and similarities that can be detected between both terms comparison object. All this in order to verify the presence and imprint of Roman law in current legal systems.

SUMARIO: I. Preámbulo. II. Tutela y curatela en el derecho romano: II.1. *Tutela impuberum*; II.2. *Tutela mulierum*; II.3. *Cura furiosi*; II.4. *Cura prodigi*; II.5. *Cura minorum*; II.6. *Cura debilium*. III. La regulación de la tutela y la curatela en la ley 8/2021 sobre las personas con discapacidad. IV. Huellas del derecho romano en la regulación actual de la tutela y de la curatela en la ley 8/2021, sobre la discapacidad. Conclusiones. Bibliografía.

I. PREÁMBULO

La Convención internacional de Nueva York sobre derechos de las personas discapacitadas constituye un tratado internacional que supone el cambio de paradigma en torno a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en la medida que supera el sesgo de la minusvalía que padecen estas personas y su consiguiente recorte de derechos para instaurar el principio de la igualdad de derechos y libertades respecto de las demás personas, incluido el derecho a la dignidad, sin perjuicio de la necesidad de contar a su favor y, a tal efecto, con las medidas que aseguren el ejercicio de su capacidad jurídica en aras de salvaguardar y preservar sus derechos e intereses.

En su virtud y, como regla general, son las personas con discapacidad quienes toman sus propias decisiones con base en el principio del respeto a su voluntad y sus preferencias, de tal suerte que se sustituye el sistema jurídico anterior asentado en la omisión de la voluntad del discapacitado en lo concerniente a la toma de

decisiones respecto de los asuntos en los que se hallara involucrado¹. De ahí que podamos señalar que la mencionada Convención de 2006 representa un hito más que considerable en el progresivo y paulatino proceso de humanización del Derecho².

En efecto, ya desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) se observa una tendencia irreversible en lo que a la atenuación patrimonialista del Derecho civil se refiere³, un fenómeno paralelo y cónsono con el desarrollo y puesta en práctica de los derechos humanos, que permite aligerar y modular el componente eminentemente economicista del Derecho civil en sus respectivas ramas, incluido el derecho de bienes, de sucesiones, de las obligaciones y los contratos, con una incidencia constatable más que palmaria en sede del derecho de familia, así como en la parte general del derecho civil.

Así pues, una vez que la ONU aprueba en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 la Convención sobre los derechos de las

¹ Con relación al artículo 12 de la Convención, TORRES COSTA, M.E. *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Colección Derecho Privado. Madrid, 2020.

² VIVAS TESÓN, I. *La reciente humanización del Derecho Civil español: necesidades y retos en materia de discapacidad*. Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia [online]. vol.5, nº14. Universidad de Guadalajara. México2020, pp.191-198.

³ MERINO HERNÁNDEZ, J.L. *La reforma pendiente del código civil en materia de discapacidad*, en *Una visión caleidoscópica de la justicia social en los albores del siglo XXI* (coord. Bernad Mainar, R.; Tenas Alós, M.A.). Colección Koiné nº 3. Ediciones Universidad San Jorge. Villanueva de Gállego. 2020, pág. 33.

personas con discapacidad⁴, el texto se somete a la ratificación de los Estados miembros, hecho producido en España mediante el Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007, en vigor desde el día 3 de mayo de 2008. A partir de aquí, arranca un período de adaptación de la normativa interna al Convenio, que se inicia con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, por la que se llevó a cabo una actualización de determinadas leyes imbricadas con las personas discapacitadas⁵, seguida de otras normas posteriores⁶: el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto

⁴ AA.VV. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006/2016: una década de vigencia*. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Madrid, 2016.

⁵ Así, por ejemplo, la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo; el Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁶ A tenor del apartado II del Preámbulo de la Ley 8/2021, al que nos remitimos.

Refundido de la Ley General de derechos de las personas discapacitadas y de su inclusión social; la reforma operada en el Código penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo; la nueva legislación surgida en sede de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio); la L.O. 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; e, incluso, la L.O. 2/2018, de 5 de diciembre, que modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Por lo demás, en el seno de la Convención de la ONU se creó un Comité encargado de analizar la regulación sobre discapacidad de los diferentes ordenamientos civiles de los Estados miembros que la habían ratificado⁷.

De ahí que, en el caso de España, quedaba pendiente por efectuar la reforma del Código civil, principalmente, y de otras leyes complementarias al objeto de cumplir con la deuda contraída tras la ratificación de la Convención. Precisamente, el Gobierno asumía el compromiso de remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 26/2011 *“un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las*

⁷ Así, por ejemplo, ha efectuado rectificaciones al ordenamiento civil de Austria en 2013; en 2014 a Suecia; en 2015 a Alemania. Del mismo modo también ensalzó en 2015 la incorporación en Italia de la figura del curador, al igual que en 2017 ponderaba entusiastamente la regulación francesa, al entenderla plenamente consecuente con el texto y el espíritu de la Convención. Precisamente será el modelo francés el que ha inspirado, cuando menos parcialmente, la reforma practicada en el Código civil español.

Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida”, en el cual se establecerían “las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”⁸.

La demora acumulada en la aprobación de la reforma pendiente llegó a suscitar inquietud en el seno del Comité revisor de la ONU⁹ y propiciará con antelación la labor interpretativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en aras de la flexibilización de la normativa del Código civil en materia de tutela e incapacidad, con el objetivo de hacerla compatible con el verdadero espíritu de la Convención de Nueva York de 2006, si bien acotando, a título de admonición, que no es de la competencia del poder judicial, sino del legislativo, establecer la modalidad de asistencia y prestación de apoyos a las personas con discapacidad, del mismo modo que resulta ser de su incumbencia lo atinente a *“aclarar sectorialmente las reglas generales conforme a la Convención”*¹⁰.

En su virtud, el Ministerio de Justicia español encargó en 2017 a la Sección Civil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un anteproyecto de reforma del Código Civil, con la

⁸ Disposición Adicional 7^a. Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones.

⁹ Sesiones del mencionado Comité celebradas entre los días 19-23/09/2011.

¹⁰ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 29/04/2009, precursora de otras posteriores en el mismo sentido.

finalidad de adaptar su normativa a los preceptos de la Convención de Nueva York y al espíritu que la informa¹¹. A lo largo del año 2017 y 2018, la Sección preparó un borrador del anteproyecto que, una vez elaborado, fue remitido al Ministerio de Justicia. Este, a su vez, cumpliendo con la normativa preceptiva, lo remitió al Consejo de Estado con fecha 15 de enero de 2019 para su preceptivo informe, concluido el 11 de abril de ese mismo año, con un pronunciamiento ampliamente favorable respecto del tenor del anteproyecto elaborado por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación.

Finalmente, como colofón a este trayecto recorrido, se publica la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuya entrada en vigor se pospone tres meses desde la fecha de su publicación, concretamente hasta el 2 de septiembre de 2021¹².

Desde una perspectiva de fondo¹³, la Ley asume como *leitmotiv* el respeto al derecho de igualdad que corresponde a todas las

¹¹ MERINO HERNÁNDEZ, J.L. *Op. Cit.* 2020, pág. 36.

¹² Disposición Final 3^a de la Ley.

¹³ La *mens legislatoris* parte de la consideración de cuatro tipos de discapacidad (intelectual, cerebral, física y sensorial), de la misma manera que, con base en el artículo 12 de la Convención de Nueva York, supera la dualidad tradicional que deslinda capacidad jurídica/capacidad de obrar, toda vez que todo ser humano cuenta con plena capacidad jurídica, al margen de su ejercicio, con lo que la noción de capacidad de obrar ya no existiría como tal. Este cambio de paradigma se traduce también en la terminología, puesto que ya no se habla de incapacitado, sino de discapacitado; las nociones de tutela y curatela no se identifican con sus campos y escenarios anteriores; así como

personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, coincidiendo con ello con el eje vertebral que inspira la Convención de 2006, así como también subrayando aspectos tales como el respeto a la dignidad de la persona, la tutela de sus derechos fundamentales y la consideración de la libre voluntad de la persona con discapacidad, aunados todos ellos a los criterios de necesidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo que dicha persona pueda precisar para ejercer su capacidad jurídica en una situación jurídica de igualdad de condiciones respecto de las demás personas¹⁴, puesto que la capacidad jurídica no solo implica una mera titularidad de derechos, sino también la correlativa legitimación para ejercerlos¹⁵.

En un plano formal, la Ley objeto de análisis cuenta con ocho artículos¹⁶, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

la idea de representación, salvo en los casos más severos de discapacidad, cede paso al concepto de ayuda o apoyo.

¹⁴ PAU PEDRÓN, A. *De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil*. Revista de Derecho Civil, Vol. 5, nº 3, julio-septiembre de 2018, págs. 5 y ss.

¹⁵ PEREÑA VICENTE, M.; HERAS HERNÁNDEZ, M.M.; NÚÑEZ NÚÑEZ, M. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2022.

¹⁶ Así, el artículo 1º modifica la Ley del Notariado; el artículo 2º modifica el Código Civil; el artículo 3º reforma la Ley Hipotecaria; el artículo 4º reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil; el artículo 5º modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; el artículo 6º reforma la Ley del Registro Civil; el artículo 7º reforma la Ley de Jurisdicción Voluntaria; y, por fin, el artículo 8º reforma el Código de Comercio.

Por lo que a nosotros respecta, al ser objeto de nuestro interés, abordamos la reforma del Código Civil español operada en virtud de la Ley 8/2021, si bien acotada en nuestro caso al ámbito de las instituciones jurídicas tuitivas de la tutela y de la curatela, con una introspección histórica en sus figuras equivalentes en el Derecho romano a los fines de poder establecer las conexiones oportunas y confirmar nuestra hipótesis de trabajo, cual es la presencia del ordenamiento jurídico romano en el derecho vigente, incluso tras haberse producido recientes reformas legislativas inspiradas en tratados internacionales.

II. TUTELA Y CURATELA EN EL DERECHO ROMANO

Tutela y curatela son dos instituciones jurídicas con un evidente paralelismo, originariamente distintas en el Derecho romano¹⁷, que con el tiempo y, sobre todo a partir de la época justiniana, tendieron a converger¹⁸, puesto que ambas se ubicaron en el ámbito de las instituciones jurídicas familiares¹⁹ y trataron de atajar los efectos de la falta de capacidad en el ejercicio de los derechos de las personas, ya por discapacidad sensorial, de origen

¹⁷ Ley de las XII Tablas (Tabla V, 7 y 8), extraído de ANTEQUERA, J.M. *Historia de la legislación romana: desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*. Infante. Madrid. 1874, págs. 272-283, en <https://archive.org/details/BResHIS34/page/n145/mode/2up> (consultado con fecha 03/10/2022); también en *Institutiones Gai* 1, 142.

¹⁸ GARCÍA VÁZQUEZ, C. *Paralelismo y unificación de las funciones de tutor y curator en Derecho romano*. Fundación Universitaria de Jérez. Jérez. 1981, págs. 15 y ss.

¹⁹ FUENTESECA DÍAZ, P. *Derecho privado romano*. Madrid. 1978, págs. 404-405.

psicológico o mental, ya por razón de la edad, del sexo o de una conducta encuadrada en la prodigalidad.

Su evolución, de alguna manera, se asemeja a la experimentada por la institución jurídica de la patria potestad²⁰: inicialmente, su función fue conservar el patrimonio del incapaz en favor de sus presuntos herederos, de tal manera que tutela y curatela se configuraron sobre la base de un conjunto de derechos – *potestas*- del tutor y del curador, quienes administraban un patrimonio que en el futuro pasaría a su propiedad; a partir del siglo II a.C., a finales de la República romana, se produjo un cambio de la conciencia social que acarreó la superación de la anterior concepción para convertir tanto tutela como curatela en deberes–*munus*- o cargas –*onus*- del tutor y del curador que debían ejercerse en interés del pupilo y del sujeto a curatela, no solo desde un plano meramente patrimonial, sino atendiendo también a aspectos de ámbito personal.

La tutela es una institución más antigua que se desenvuelve en un ámbito estrictamente familiar, mientras que la curatela aparecerá más tarde y asumirá finalidades y atribuciones que trascienden el ámbito de la familia. Precisamente, la función esencial de la tutela consiste en integrar la voluntad del pupilo, en tanto que la gestión de los asuntos, más propia de la curatela, resulta una labor secundaria en lo que a la tutela concierne.

²⁰ PANERO GUTIÉRREZ, R. *Derecho romano*. 6ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2021, págs. 257 y 258; SALAZAR VARELLA, C.E. *El proceso de incapacitación*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2021, pág. 35.

Tanto *tutela* como *curatio* fueron instituciones propias del *ius civile*, con arraigo consuetudinario, sin una configuración autónoma propiamente dicha, moduladas a través del cincel que representó para el Derecho romano la jurisprudencia pontifical y preclásica, en un primer momento, y el *ius honorarium*, más adelante. Por lo demás, las dos compartieron su carácter subsidiario respecto de la *patria potestas* ejercida por el *paterfamilias* y, por ende, toda vez que este era el titular del patrimonio familiar²¹, las instituciones tutelares no se aplicaban respecto de los *alieni iuris* en tanto conservaran tal condición, al carecer de un patrimonio propio digno de protección. Aun así y, no obstante tratarse de instituciones diferentes las tutelares a la *patria potestas*, prácticamente y hasta la época del Principado las fuentes nos demuestran que los términos empleados para señalar las funciones de aquellas fueron los mismos que los indicados para referirse a los poderes del *paterfamilias* -*potestas*²², *manus*, *ius*, *mancipium*-.

En los tiempos más antiguos la tutela constituye una derivación de la *manus* o de la *patria potestas*²³, como lo demostraría el hecho de que no existía un vocablo *ad hoc* para distinguir una y otra voz, lo que justificaría por mucho tiempo que el *paterfamilias* ejerciera el cargo de tutor y fuera él mismo quien estuviera autorizado solamente a nombrar tutor en su testamento. Solo con el tiempo y, tras la ruptura de la unidad compacta de la familia

²¹ TORRENT RUIZ, A. *Manual de Derecho privado romano*. Edisofer. Madrid. 2008, pág. 519.

²² D. 26, 1, 1 pr.

²³ GUARINO, A. *Diritto privato romano*. Jovene Editore. Napoli. 1997, pág. 621.

romana, la tutela se fue configurando como una institución jurídica propiamente autónoma. A ello contribuiría el cambio de criterio con relación a la época más antigua del Derecho romano en virtud del cual y, en aras de presentar un sistema de garantías más tuitivo, el patrimonio de los representados pertenecía a estos y no a sus tutores o curadores²⁴, aun cuando aquellos no contaran con suficiente capacidad para poder administrarlo.

Por su través y, en virtud de la intervención del tutor y del curador en sus distintos ámbitos de protección, se evitaba que determinados negocios jurídicos adoleciesen de nulidad²⁵, en una clara apuesta por la conservación de la validez de los actos jurídicos, siempre que con ello resultaran preservados los intereses de los sujetos a la tutela o a la curatela.

Este carácter interesado y privatístico de la tutela, apegado a una noción particular de potestad, en la medida que no atribuía ni un derecho de corrección ni tampoco ningún tipo de autoridad respecto del pupilo, se asienta más bien sobre la preponderancia del interés de la familia y del pupilo, toda vez que de la misma manera que el pupilo precisaba de la protección necesaria en su patrimonio, la familia participaba de un interés común, dado que era la llamada a heredar al pupilo tras su muerte. En efecto, se presenta como una institución jurídica inherente al *status* mantenido en el seno familiar,

²⁴ PANERO ORIA, P. *La datio tutoris en la lex Irnitana cap. 29*. AHDE nº 81. 2011, pág. 977.

²⁵ ALBANESE, B. *Gli atti negoziali nell diritto privato romano*. Universidad de Palermo. Palermo. 1982, pág. 158.

si bien a partir de la época posclásica del Derecho romano y, merced a la intervención oficial, se transformará en un deber (*officium*) y una carga pública (*munus*)²⁶ que deberán ser asumidos por parte del tutor.

Dada la relación manifiesta entre la familia romana y la sucesión²⁷, originariamente la tutela estuvo directamente relacionada con la herencia: el tutor actuaba en interés del pupilo, pero podía hacerse su heredero, en el supuesto dado de que el pupilo muriera antes de haber alcanzado la pubertad; por lo demás, solía ser el propio causante quien preveía el nombramiento del tutor para su hijo impúber²⁸. Es decir, la propia naturaleza del grupo familiar romano contribuía a conectar la tutela con la sucesión de la familia, toda vez que el heredero era designado tutor en el testamento y, en su defecto, era el pariente más próximo quien asumía el cargo tutelar.

El Derecho romano, lejos de definir la incapacidad en términos generales, en consonancia con su carácter pragmático y casuístico²⁹,

²⁶ D. 50, 4, 1, 4.

²⁷ Por tal motivo no es casual el orden de las materias presentado por la Ley de las XII Tablas, puesto que las tablas IV y V regulan respectivamente el derecho de la familia y de las sucesiones. Y es que las XII Tablas, integradas principalmente por *mores maiorum* interpretadas por la jurisprudencia pontifical, constituyeron la base del desarrollo posterior de las instituciones jurídicas romanas. En este sentido, NICOSIA, G. *La legislazione decemvirale e la conoscenza del diritto*, en Fides. Humanitas. Ius. Studi in honore di Luigi Labruna, Vol. VI. Napoli. 2007, pág. 3784.

²⁸ *Institutiones Gai* 1, 145.

²⁹ SCHULZ, F. *Principios de Derecho Romano*. Ariel. Barcelona. 2002, pág.176. Una referencia específica al pragmatismo del Derecho Romano, en BERNAD

señaló supuestos concretos en los que algunos sujetos no podían realizar ciertos actos o negocios jurídicos³⁰, ya por mor de su edad, de su género o sexo, o bien por deficiencias físicas o intelectuales³¹, con exención de responsabilidad en el caso de comisión de delitos³². A partir de la etapa republicana de la historia de Roma se deslinda³³ con nitidez la tutela, reservada para la protección de impúberes y mujeres, de la curatela, aplicable, en un principio, a los pródigos y enfermos mentales para ser extensible a otros casos concretos posteriormente (*cura minorum, cura debilium*).

En efecto, por lo que a la tutela respecta, en Roma existió la tutela de los impúberes (*tutela impuberum*) y la de las mujeres (*tutela mulierum*)³⁴³⁵, esto es, por razón de la edad de los varones que no alcanzaban la pubertad y, por ende, no estaban sujetos a la *patria potestas* del *paterfamilias* (14 años), o bien por razón del sexo, aplicable a las mujeres no sujetas a la *patria potestas* del *paterfamilias* o a la *manus* de su esposo (en caso de contraer matrimonio *sine manu*).

MAINAR, R. *Ius romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia / equidad, emblema del análisis económico del Derecho (AED)*.RIDROM [on line]. 22-2019. ISSN 1989-1970, págs. 68 y ss.

³⁰ D. 1, 16, 9, 5; 3, 1, 1, 3 y 5; 5, 1, 12, 2; 8, 2, 5; 6, 1, 60; 40, 5, 36 pr.; 41, 2, 1, 3; 50, 17, 40; *Institutiones Gai* 3, 109.

³¹ TOOHEY, P. *Madness in the Digest, en Mental Disorders in the Classical World*, W.V. Harris. Leiden-Boston. 2013, págs. 448-449.

³² D. 9, 2, 5, 2; 1, 18, 14; 48, 8, 12; 48, 9, 9, 2.

³³ D. 26, 2, 14.

³⁴ *Institutiones Gai* 1, 144.

³⁵ D. 26, 1, 1 (Servio Sulpicio): “*Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem <vel sexum> sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*”.

La curatela, en cambio, desde sus inicios resulta desprendida de la sucesión hereditaria, al tratarse de un encargo destinado a gestionar el patrimonio de un incapaz. Aun así, desde sus orígenes constituyó, de la misma manera que la tutela, una institución no solo al servicio de los intereses de la persona protegida *-furiosus-*, sino también del *curator*, protegiendo con ello el patrimonio familiar y los intereses familiares, toda vez que este último era llamado a la sucesión de aquel³⁶ en el caso de morir intestado.

Habrá que esperar a la *Lex Atilia* a finales de la época republicana, en la que se impone la obligación de designar tutor a los impúberes, tuvieran patrimonio o no, para que tutela y curatela adquirieran el cariz de un deber jurídico *-munus publicum-*³⁷ dirigido, respectivamente, bien al cuidado del pupilo y la gestión de su patrimonio, bien a la asistencia en determinados actos y negocios jurídicos. Con ello se marcaba distancia de la versión más primitiva de ambas instituciones³⁸, en la que los guardadores *-tutores y curadores-* se arrogaban la *potestas* propia del *paterfamilias* a quien sustituían.

Incluso, cabe señalar que la expresión *cura* constituye una voz que excede el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, ya que comprende también la labor de administrar y cuidar las cosas

³⁶ Tabla V, 7a; D. 27, 10, 13; 26, 1, 3 pr.; *Institutiones Gai* 2, 64; *Codex* 5, 70, 5; *Institutiones* 1, 23, 3.

³⁷ D. 50, 4, 1, 4.

³⁸ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. *La protección jurídico-patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en Derecho romano*. Revista de Derecho UNED nº7. 2010, pág. 137.

públicas, razón por la cual el término *curator* rebasa las funciones otorgadas al tutor, al no proteger solamente intereses privados, sino también intereses públicos. Por ello y, al igual que la tutela, la curatela presenta visos de ser una carga u oficio público con gran relevancia social³⁹, en la medida que sus titulares están sujetos a un minucioso control tendente a impedir abusos y engaños perjudiciales, hasta el punto que tutor y curador respondían de la representación y gestión desempeñada.

En efecto, a partir de un precepto de las XII Tablas⁴⁰, la curatela aparece como un encargo conferido al *curator*, en virtud del cual el *furiosus* y el *prodigus* quedaban sujetos a la *potestas* del agnado más próximo, a los fines de velar por la persona del *furiosus* y del *prodigus* gestionando sus patrimonios.

La curatela se aplicó no solo al supuesto de prodigalidad (*cura prodigi*) y de enfermedad mental (*cura furiosi*), sino que también se extendió a los casos de minoría de veinticinco años (*cura minorum*), discapacidad física (*cura debilium*)⁴¹, ausencia (*cura absentis*), patrimonio de una herencia yacente (*cura hereditatis iacentis*), impubertad (*cura impuberis*), pupillaje (*cura pupilli*), *nasciturus* (*cura ventris*), o patrimonio de un deudor concursado (*cura bonorum*).

³⁹ VIARENGO, G. *Op. Cit.* 2015, págs. 12 y 13.

⁴⁰ Tabla V, 7a y c.

⁴¹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. *Discapacidad y Derecho romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Reus. Madrid. 2019, págs. 164 y 165.

Así pues y, a modo de colofón, constatamos que el ámbito de actuación entre tutela y curatela fue diferente: mientras que la tutela se aplicó a personas que nunca habían ejercido su capacidad en el tráfico jurídico, la curatela operó más bien sobre personas que contaron en principio con tal aptitud pero que, de manera sobrevenida, la perdieron⁴², de tal suerte que para contar con la validez de ciertos actos jurídicos celebrados por estas personas se requería el auxilio del *curator*.

En otras palabras, hubo una diferencia esencial entre la tutela, basada en razón de la edad o del sexo, y la curatela, institución múltiple aplicable a variadas situaciones que se fueron incrementando a lo largo de la historia del Derecho romano.

II.1. TUTELA IMPUBERUM

Con relación a la tutela de los impúberes, podemos señalar que, en atención a cuál fuera el origen de su constitución, podía presentar una de las siguientes modalidades⁴³: testamentaria, legítima y dativa.

La primera de ellas fue la más importante de todas⁴⁴, dada la preeminencia del testamento en la vida del ciudadano romano,

⁴² TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2008, págs. 564, 565.

⁴³ Al respecto y, sucesivamente, *Institutiones Gai* 1, 144 y ss.; 1, 155 y ss.; 1, 178 y 185. Consultar también GARCÍA VÁZQUEZ, C. *Op. Cit.* 1981, págs. 49 y ss.; PANERO GUTIÉRREZ, R. *Op. Cit.* 2021, págs. 259-262.

⁴⁴ XII Tablas (V, 3); *Institutiones Gai* 1, 144.

puesto que todo *bonus paterfamilias* otorgaba testamento, lo que permite afirmar que la tutela testamentaria, con mucha probabilidad, fue la tutela más antigua y la más utilizada en Roma⁴⁵, lo que le atribuiría un carácter principal frente al subsidiario de las demás modalidades (legítima, dativa), en cuya virtud el *paterfamilias* designaba en su testamento al tutor de sus hijos, quienes, tras el fallecimiento de aquel, serían *sui iuris* al haberse extinguido la *patria potestas*. A tal efecto, los tutores testamentarios debían ser herederos del testador. Con el paso del tiempo esta modalidad perdió fuerza, puesto que el nombramiento del tutor pudo llevarse a cabo por otras personas distintas del *paterfamilias* y, además, en un instrumento jurídico distinto al testamento.

La tutela legítima pudo haber sido la modalidad de tutela más antigua por estar pergeñada conforme al régimen jurídico de la sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas, de tal suerte que se defería según el orden de suceder de la sucesión *ab intestato*⁴⁶, esto es, originariamente al pariente agnado más próximo y con posterioridad a los parientes cognados. En la época más antigua, en defecto de parientes agnados, tanto la sucesión como la tutela se defieren a los gentiles, si bien la supresión de la gentilidad en la sociedad romana acarreará la progresiva desaparición de la tutela legítima en favor de la tutela dativa.

⁴⁵ GUARINO, A. *Le "XII Tabulae" e "la tutela"*. Pagine di diritto romano IV. Napoli. 1994, pág. 146.

⁴⁶ Ley de las XII Tablas (Tabla V, 4 y 5). En este sentido, ARANGIO-RUIZ, V. *Instituciones de Derecho romano* (trad. J.M. Caramés Ferro). Depalma. Buenos Aires. 1986, pág. 557; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2008, págs. 562, 563.

A partir de finales del siglo III d.C. surge el deber de ciertos magistrados de asignar tutor a los impúberes que carecieran de él, a los fines de paliar de algún modo tal situación de desprotección. A esta modalidad tutelar se le denominó dativa en la época de Justiniano⁴⁷.

La tutela dativa presentó inicialmente un carácter residual, pues se aplicaba en defecto de la tutela testamentaria o legítima⁴⁸, gracias a su creación mediante la *Lex Atilia de tutore dando*⁴⁹ y su irradiación extensiva en las provincias merced a las *leges Iulia y Titia*. El nombramiento del tutor compete al pretor urbano o al gobernador de la provincia, así como también a los procónsules, procuradores, legados y al prefecto de Egipto⁵⁰, estos últimos no *ex imperio*, sino *ex lege, ex senatusconsulto o ex decreto*⁵¹. Bajo el mandato del emperador Claudio, el nombramiento incumbía a la magistratura consular⁵²; en época del emperador Marco Aurelio se crea *ad hoc* la figura del *praetor tutelarius*⁵³, quien compartirá más adelante tal atribución⁵⁴ con el *praefectus urbis* en la capital, los gobernadores *-praesides-* en las provincias, o bien los obispos y

⁴⁷ *Codex* 1, 3, 52 pr.

⁴⁸ *Institutiones* 1, 20.

⁴⁹ *Institutiones Gai* 1, 185.

⁵⁰ D. 26, 5, 1; 1, 16, 15.

⁵¹ D. 26, 1, 6, 2.

⁵² SUETONIO. *XII Caesares ad veterum codicum fidem*. Claudio 23, 2, en <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/56922/A021418.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado con fecha 5/10/2022).

⁵³ *Historia Augusta, Marc. Ant.* 10, 11.

⁵⁴ PANERO GUTIÉRREZ, R. *Op. Cit.* 2021, pág. 261.

magistrados locales cuando la fortuna del pupilo no rebasaba la cantidad de quinientos sueldos.

Surge esta modalidad de tutela dativa tras la desaparición de la gentilidad y la irrupción de un nuevo paradigma, que impuso la necesidad de intervenir a la sociedad para proteger al impúber en el caso de que la familia no lo garantizara suficientemente.

En cuanto a las incapacidades y excusas para ser tutor, lo fueron tanto la cualidad de mujer⁵⁵, como la de hijo de familia⁵⁶ (con el tiempo ambos pudieron ejercer el cargo)⁵⁷, así como el padecer una enfermedad física o mental⁵⁸ que impidiera a una persona gobernarse por sí misma, o que requiriera del auxilio de otro para realizar ciertos negocios jurídicos⁵⁹.

Ya a través del desempeño de su cargo por medio de *interpositio auctoritatis*⁶⁰(el tutor asiste), o bien en el supuesto de *negotiorum gestio*⁶¹(el tutor suple), el tutor debe ejercer el cargo en interés del pupilo⁶² y, por ende, incurre en responsabilidad en su actuar, lo que se traduce en un elenco de *actiones* y *cautiones* a favor del pupilo frente a la sospecha de una administración desleal o

⁵⁵ D. 26, 1, 18.

⁵⁶ D. 26, 1, 7.

⁵⁷ *Institutiones* 1, 14; *Codex* 5, 35, 2 y 3.

⁵⁸ VIARENGO, G. *Studi sulla tutela dei minori*. Giappichelli. Torino. 2015, págs. 70 y ss.; ALBANESE, B. *Le persone nell diritto privato romano*. Tip. S. Montaina. Palermo. 1979, págs. 464 y ss.

⁵⁹ D. 26, 1, 11; 26, 1, 1-3; 27, 1, 40.

⁶⁰ *Institutiones* 1,21,2.

⁶¹ *Institutiones Gai* 3,109.

⁶² D. 41, 4, 7, 3; 26, 7, 7.

contraria a sus intereses: *actio de rationibus distrahendis*⁶³, *actio tutelae*⁶⁴, *cautio (satisdatio) rem pupilli salvam fore*⁶⁵.

Para concluir en relación a tutela, podemos aludir a la extinción de la misma, entre cuyas causas podemos destacar, en primer lugar y desde el punto de vista del tutor, su muerte o *capitis deminutio media* o *maxima*, el cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria impuestos por el testador⁶⁶, la invocación por su parte de una excusa legalmente admitida, o su remoción justificada. En segundo lugar, desde la perspectiva del pupilo, incluimos su muerte o *capitis deminutio*⁶⁷, así como haber alcanzado este la pubertad⁶⁸, supuesto este último respecto del cual se plantea qué sucedía cuando el impúber, ahora púber, padecía una enfermedad o discapacidad, toda vez que durante la impubertad quedaba sujeto a la tutela, cuestionándose en tal caso si se prolongaba esta, o más bien se constituía al efecto, siguiendo el ejemplo del *furiosus*⁶⁹, una curatela específica por razón de su edad y no en virtud de su locura (*cura minorum* hasta los veinticinco años y no *cura furiosi*)⁷⁰, y otra curatela posterior tras haber alcanzado los veinticinco años, previa solicitud del mismo interesado, bajo una curatela distinta (*cura debilium*).

⁶³ D. 26, 7, 55, 1.

⁶⁴ D. 27, 3, 1 pr.; *Institutiones Gai* 4, 62; 4, 182.

⁶⁵ *Institutiones Gai* 1, 199-200; D. 2, 8, 8, 4; 45, 1, 5 pr.; *Institutiones* 1, 20, 3; 1, 24.

⁶⁶ D. 26, 1, 14, 3 y 5; *Institutiones* 1, 22, 2 y 5.

⁶⁷ *Institutiones* 1, 22, 1.

⁶⁸ *Institutiones Gai* 1, 196.

⁶⁹ D. 26, 1, 3, pr. y 1.

⁷⁰ TOOHEY, P. *Op. Cit.* 2013, pág. 455.

II.2. TUTELA MULIERUM

Por lo que respecta a la tutela de las mujeres⁷¹, excede propiamente de nuestro estudio, toda vez que las razones esgrimidas en Roma para su vigencia –*infirmitas sexus, imbecilitas, levitas animi*⁷²– en modo alguno resultan aplicables en el Derecho actual. Conforme a la mentalidad romana, la *tutela mulierum* se constituía en el supuesto de que la mujer púber, una vez concluida su sujeción a la *tutela impuberum*, no estuviera sujeta a la *patria potestas* de un *paterfamilias* o a la *manus* de su marido, a menos que se encontrara en alguna de estas situaciones: la adquisición de la condición de *sui iuris* merced al beneficio del *ius liberorum* otorgado por el emperador Augusto en virtud de razones estrictamente demográficas (*leges Iulia, Papia Poppaea*)⁷³; y el acceso a la condición de sacerdotisa de la diosa Vesta –vírgenes vestales⁷⁴–, dignidad que atribuía a la mujer el *status familiae* de *sui iuris*, incluso una vez abandonado el culto religioso a Vesta.

La *tutela mulierum* cayó en desuso en Roma desde el siglo I d.C., fruto de un progresivo proceso emancipador de la mujer en la sociedad romana⁷⁵, ya como consecuencia de la generalización del matrimonio *sine manu*, que incentivaba la independencia económica

⁷¹ *Institutiones Gai* 1,144.

⁷² D. 16, 1, 2, 2 y 3; 27, 10, 9; 22, 6, 9 pr.; 48, 16, 1, 10; 49, 14, 18 pr.; *Institutiones Gai* 1, 144 y 190.

⁷³ *Institutiones Gai* 1, 145 y 194; 3, 44.

⁷⁴ *Institutiones Gai* 1, 145.

⁷⁵ Sobre los principales argumentos de la decadencia de la tutela de la mujer en Roma, PANERO GUTIÉRREZ, R. *Op. Cit.* 2021, págs. 267 y 268.

y jurídica de la mujer, ya resultado de algunas leyes expansivas respecto de las mujeres *-leges Iulia, Papia Poppaea, Claudia-*, o incluso por las prácticas evasoras de la aplicación de leyes restrictivas de los derechos de las mujeres en cuanto a la recepción de herencias y legados *-lex Voconia-*. En todo caso y, no obstante este paulatino proceso emancipador de la mujer en Roma⁷⁶, habrá que esperar a la época del emperador Constantino⁷⁷ para su completa abolición⁷⁸.

II.3. CURA FURIOSI

Las funciones y responsabilidades⁷⁹ del *curator furiosi* eran muy similares a las de un tutor, pues debía integrar constantemente la voluntad del mentalmente enajenado⁸⁰.

Sin embargo y, dadas las circunstancias y el supuesto de hecho que la origina, la *cura furiosi* no solo comprende la función del *curator* de administrar el patrimonio del *furiosus*, sino también de cuidar y proteger su persona y las personas que convivían con él⁸¹,

⁷⁶ *Institutiones Gai* 1, 190.

⁷⁷ El derecho postclásico extiende el *ius liberorum* de la tutela legítima a las demás clases de tutela y los emperadores Teodosio y Honorio conceden tal derecho a todas las mujeres del Imperio (año 410 d.C.). Prueba del progresivo debilitamiento de esta modalidad de tutela es que apenas aparece mencionada en dos constituciones del emperador Diocleciano (*Fragmenta Vaticana* 325 y 326), no es referida en la legislación del emperador Constantino, ni tampoco se incluye en el Código Teodosiano.

⁷⁸ Según Bonfante, la historia de la tutela en Roma es la de su desaparición, en PANERO GUTIÉRREZ, R. *Op. Cit.* 2021, pág. 268.

⁷⁹ D. 2, 8, 8, 4; 3, 5, 3, 5; 26, 8, 11; 27, 10, 7, 1 y 2; 27, 3, 4, 3; 44, 7, 24, 3; 46, 6, 4, 8; *Institutiones Gai* 1, 200; *Codex* 5, 70, 7, 5.

⁸⁰ *Institutiones Gai* 3, 109.

⁸¹ D. 24, 3, 22, 8; 27, 10, 7 pr.; 33, 2, 32, 6.

sobre todo a partir de la época clásica, período en que la *curatio* adquirió un tinte más humanitario y tuitivo, a la par que la condición jurídica del *furiosus* se consolidó, no tanto en lo atinente al ejercicio de sus derechos, sino más bien en lo relativo al reconocimiento de los mismos⁸², tendencia que se reafirmará en la época postclásica cuando se le permitirá actuar en los intervalos de lucidez⁸³.

A diferencia de lo que sucedía con el varón y no sin discusión, en el caso de la mujer *furiosa* se le nombraba un *curator furiosae*⁸⁴ y no prevalecía en este supuesto la sujeción a tutela (*tutela mulierum*).

Distinto de lo que sucedía en la curatela del pródigo, donde la presencia del magistrado se producía *ab initio*, la escasa intervención del pretor en la constitución de la *cura furiosi* (salvo en el caso de ausencia de los llamados por ley a ejercer el cargo de *curator*), añadida a la innecesaria acreditación especializada para determinar la insania mental (bastaría su mera detección por parte de los familiares), propiciaron cierta indefensión jurídica para el *furiosus*⁸⁵.

II.4. CURA PRODIGI

⁸² D. 1, 6, 8; 28, 1, 16, 1.

⁸³ D. 1, 18, 14; *Codex* 5, 70, 6; 6, 22, 9.

⁸⁴ D. 27, 10, 15, 1; 36, 1, 36.

⁸⁵ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. *Op. Cit.* 2019, pág. 160.

La prodigalidad en Roma estuvo referida en la época arcaica⁸⁶ al comportamiento del *paterfamilias* con hijos que derrochaba el patrimonio heredado y, por ende, ponía en riesgo la herencia futura de su prole. Con posterioridad, tanto la jurisprudencia romana como la actuación del *praetor* extendieron en la práctica el ámbito de aplicación de la prodigalidad a todo ciudadano que observara tal conducta⁸⁷, al margen de contar con descendencia o no y del origen de los bienes malgastados. En su virtud, era pródigo quien no era capaz de llevar cuenta del tiempo y límite de sus gastos, de manera que se arruinaba dilapidando y malgastando sus bienes, de tal manera que se le debía nombrar un *curator*⁸⁸, a los fines, no solo de proteger a sus herederos, o personas a su cargo, sino también de proteger al *prodigus*, cuyo comportamiento resultaba equiparable al del *furiosus*⁸⁹, por ser carentes ambos de voluntad⁹⁰.

Aun así, la *cura prodigi* y la *cura furiosi* presentaron diferencias más que notables: en efecto, la primera circunscribe su cuidado al patrimonio del pródigo y no al de su persona; la limitación jurídica del pródigo es menor que la del *furiosus*, pues, a diferencia de este, aquel podía actuar cuando se tratara de negocios jurídicos que no acarrearán un perjuicio patrimonial, no obstante contar con recortes traducidos en prohibiciones de disponer; además, la curatela del

⁸⁶ Ley de las XII Tablas (Tabla V, 8).

⁸⁷ DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. *El prodigus y su condición jurídica en Derecho romano clásico*. Cedecs. Barcelona. 2000, págs. 41 y ss.

⁸⁸ D. 27, 10, 1 pr.

⁸⁹ D. 26, 5, 12, 2.

⁹⁰ D. 50, 17, 40.

pródigo requería la intervención y decisión del magistrado⁹¹⁹², por constituir una cuestión de orden público, al tratarse de una conducta reprochable por ser contraria a las buenas costumbres⁹³, un criterio muy diferente al observado en la constitución de la *cura furiosi* en la que bastaba para ello la mera decisión en tal sentido por parte de los familiares del *furiosus*.

Las competencias del *curator prodigi* quedaban circunscritas, por medio del esquema de la *negotiorum gestio*, a los actos de disposición y asunción de nuevas obligaciones, quedando excluidos, por tanto, los que representaran un aumento patrimonial para el pródigo⁹⁴. En consecuencia, era reputado nulo cualquier acto celebrado por el *prodigus* en el que contrajera obligaciones, incluido el otorgamiento de testamento, a menos que el mencionado otorgamiento se hubiera verificado con antelación a la declaración de prodigalidad⁹⁵.

Una vez enmendada la conducta reprochable del *prodigus*, la *cura prodigi* quedaba extinguida automáticamente *ope legis*⁹⁶. De igual modo, entre otras posibles causas de extinción de esta curatela, podemos destacar el levantamiento de la prohibición decretada⁹⁷ al

⁹¹ *Institutiones* 1, 23, 3.

⁹² *Sententiae Pauli* 3, 4-7.

⁹³ DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. *Op. Cit.* 2000, pág. 47.

⁹⁴ D. 29, 2, 5.

⁹⁵ D. 28, 1, 18 pr.; 37, 11, 1, 9; *Institutiones* 2, 12, 2.

⁹⁶ D. 27, 10, 1 pr.

⁹⁷ D. 27. 10, 7, 1.

prodigus consistente en no poder disponer de los bienes de su patrimonio.

II.5. CURA MINORUM

Alcanzada la pubertad, se extingue la tutela del varón romano *sui iuris*, de tal manera que, a partir de los catorce años, cuenta con capacidad para administrar y disponer de su patrimonio sin precisar de la intervención del tutor, a pesar de carecer de la suficiente experiencia para preservar su patrimonio con las debidas garantías y sin padecer algún tipo de perjuicio. Precisamente, para atajar y poder socorrer tal situación surge la *cura minorum*, esto es, la curatela del varón *sui iuris* mayor de catorce años y menor de veinticinco, reconocida, a principios del siglo II a.C., en virtud de una *lex Laetoria* o *Plaetoria de circumscriptione adolescentium*, cuya consecuencia más relevante consistió en crear una acción penal, popular e infamante que protegía los casos en que alguien hubiera obtenido un provecho en los negocios que hubiera llevado a cabo con un *minor* con el consiguiente perjuicio para este último (*actio legis Laetoriae*)⁹⁸.

A ello se añadiría, de forma paralela, la intervención del pretor a través del otorgamiento de una *exceptio* frente a las eventuales acciones de los deudores entabladas contra el *minor*, completada, a su vez, con la aplicación, en virtud de su *imperium* y no de su *iurisdictio*, de un instrumento de protección jurídica extraprocesal,

⁹⁸ D. 4, 4, 1, pr. y 1.

cual es la *restitutio in integrum (ob aetatem)*⁹⁹, con el objetivo de obtener para el *minor* la reposición a la situación jurídica anterior a la celebración del negocio en que hubiera resultado perjudicado¹⁰⁰.

Así pues, el *curator minoris* se creó, en principio, para asistirle en la realización de negocios concretos¹⁰¹ *-ad certam causa-*, pero, a partir de la época del emperador Aurelio, la *cura minorum* se generalizó y el *curator* se convirtió en un administrador estable y permanente del patrimonio del *minor*¹⁰².

En su virtud, el *minor* precisó del *consensus* del curador y no de su *auctoritas*, tal como sucedía en el caso del impúber cuando estaba sujeto a *tutela*. En todo caso y, a pesar de las diferencias entre ambas instituciones *-tutela y cura minorum-*, se produjo un proceso de aproximación, hasta el punto de llevarse a cabo la asimilación progresiva entre la situación jurídica¹⁰³ del impúber y la del *minor* sujeto a curatela.

II.6. CURA DEBILIUM

Si bien la alusión a la *cura debiliium personarum* no aparece expresamente en las fuentes romanas, sí que juristas como Paulo, Ulpiano, Gayo y Trifonino aplicaron extensivamente la protección

⁹⁹ D. 44, 1, 7, 1.; *Codex* 2, 22.

¹⁰⁰ D. 4, 4, 16, 1.

¹⁰¹ *Institutiones* 1, 23, 2.

¹⁰² D. 4, 4, 1, 3.

¹⁰³ *Fragmenta Vaticana* 231.

otorgada al pupilo en la tutela a personas que presentaban deficiencias sensoriales (mudos, sordos, sordomudos)¹⁰⁴; a los que padecían deficiencias cognitivas temporales diferentes a las del *furiosus* (*fatui, dementi, mente capti*)¹⁰⁵; y a los que, por motivos de la vejez o de enfermedades invalidantes no podían celebrar ciertos negocios jurídicos¹⁰⁶.

La expresión *cura debilium personarum* es posterior a la época justiniana, si bien la legislación justiniana¹⁰⁷ distinguió nítidamente las curatelas tradicionales (*furiosi, prodigi, minorum*) de las que con posterioridad se encuadrarían bajo la expresión *cura debilium personarum*.

Para concluir con la institución jurídica de la curatela y, al margen de las especificidades de cada una de las modalidades de curatela en particular, tal como hemos tenido oportunidad de comprobar en los apartados anteriores, lo cierto es que, en sede de responsabilidad del *curator*, podemos señalar que, en el supuesto de una mala gestión en el cargo, el sujeto a curatela podía ejercer la *actio negotiorum gestorum*¹⁰⁸, la acción de gestión de negocios, que podía ser ejercida también por el *curator* a los efectos de la reclamación del reembolso de los gastos realizados durante la

¹⁰⁴ D. 42, 5, 19, 1; 42, 5, 20 y 21; 3, 1, 3, 3.

¹⁰⁵ D. 3, 1, 2; 27, 1, 45, 2.

¹⁰⁶ D. 46, 3, 14, 7; 26, 5, 12 pr.; 3, 1, 3, 4-5.

¹⁰⁷ *Institutiones* 1, 23, 4.

¹⁰⁸ D. 3, 5, 3, 5.

curatela en el ámbito judicial de un *iudicium contrarium* mediante la interposición de la *actio negotiorum gestorum contraria*.

Así pues y, a modo de colofón sobre las instituciones jurídicas romanas de la tutela y curatela, procedemos a continuación a efectuar una relación entre ambas para entretejer algunas analogías y diferencias que se pueden detectar en un análisis comparativo.

En efecto, entre sus diferencias podemos señalar principalmente las que siguen¹⁰⁹: en primer lugar, el ámbito subjetivo de su protección (impúberes y mujeres, en la tutela; pródigos, enfermos físicos y mentales, menores entre 14 y 25 años, en la curatela).

Además y, más importante a nuestro juicio, la función de ambas instituciones: la tutela constituye un encargo más omnicomprendido, al integrar en su elenco de actuaciones no solo el cuidado de la persona protegida *-cura-*, sino también la administración de sus bienes y la representación de sus intereses¹¹⁰(en efecto, en virtud de la *interpositio auctoritatis*, el tutor integra la voluntad del pupilo otorgando validez al acto jurídico realizado¹¹¹, al mismo tiempo que gestiona personalmente sus negocios *-negotiorum gestio-* en caso de infancia o ausencia de aquel);

¹⁰⁹ ARANGIO-RUIZ, V. *Instituciones de Derecho romano* (trad. J.M. Caramés Ferro). Depalma. Buenos Aires. 1986, pág. 558.

¹¹⁰ D. 50, 16, 53.

¹¹¹ SOLAZZI, S. "*Tutela*". *Novissimo Digesto Italiano (NNDI)*, vol. XIX. Torino. 1973, pág. 915.

el *curator*, sin embargo, representa¹¹²*ex lege* o por designación del *magistratus* a la persona protegida¹¹³ mediante su asistencia-*negotiorum gestio*-, sin mediar en su actuación la administración propiamente dicha.

En todo caso y, a pesar de las diferencias expuestas entre ambas instituciones jurídicas, traducidas incluso en apotegmas jurídicos tradicionales (“*tutor datur personae, curator rei*”)¹¹⁴, lo cierto es que las dos se ubicaron en el ámbito del derecho de familia, de la capacidad de las personas físicas y del cuidado de la persona -*cura*-¹¹⁵, lo que les permitía compartir reglas comunes, sobre todo en la época del Derecho justiniano. Así y, a mayor abundamiento en esta línea de convergencia apuntada, podemos señalar que ya en la curatela más antigua -*cura furiosi*- la protección otorgada por el *curator* recaía tanto sobre la persona como sobre el patrimonio del *furiosus*, otro argumento más para sostener la tendencia a la equiparación entre ambos institutos jurídicos, más acusada si cabe en el Derecho helenístico en la época del emperador Justiniano.

Así mismo, en este sentido apuntado tendente a la aproximación del régimen jurídico de la tutela y la curatela, podemos constatar que se extendieron a la curatela algunas reglas propias de la tutela como las excusas para ejercer el cargo (*excusationes*), limitaciones a la facultad de disposición, la obligación de prestar caución, o incluso, la interposición de la *actio negotiorum*

¹¹² D. 47, 2, 57, 4.

¹¹³ TOOHEY, P. *Op. Cit.* 2013, pág. 304.

¹¹⁴ D. 26, 2, 14; 26, 7, 12, 3. *Institutiones* 1, 14, 4.

¹¹⁵ M.T. VARRÓN. *De lingua latina* 6, 56, 46.

gestorum (directa y contraria) para resolver las cuestiones que pudieran surgir entre *curator* y *minor*.

III. LA REGULACIÓN DE LA TUTELA Y LA CURATELA EN LA LEY 8/2021, SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La nueva legislación de 2021, que adapta sus disposiciones a la Convención de Nueva York (2006), parte de la premisa según la cual todas las personas cuentan con capacidad jurídica, incluso en el supuesto dado del padecimiento de cualquier tipo de enfermedad física o psíquica que acarree limitaciones en la capacidad, de tal manera que se aboga por que dicha situación jurídica pueda subsanarse, no tanto mediante el recurso tradicional a la declaración de incapacitación, que desaparece, sino más bien a través de distintos mecanismos concretos de apoyo¹¹⁶ dirigidos a coadyuvar en el proceso de toma de decisiones relacionadas con la vida y el patrimonio de las personas afectadas por una discapacidad.

En efecto, merced a tales medidas de apoyo se procederá, con carácter general, a prestar asistencia a los discapacitados en el ejercicio de su capacidad, bajo el entendido¹¹⁷ del escrupuloso respeto a su voluntad, deseos y preferencias a través de la participación del discapacitado en la toma de decisiones relativas a

¹¹⁶ DE SALAS MURILLO, S. *El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos*. Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana nº 17. 2022, págs. 16 y ss.

¹¹⁷ LASARTE, C. *Parte general y derecho de la persona. Principios de Derecho civil I*. 26ª edición. Marcial Pons. Madrid. 2021, pág. 210.

su persona y patrimonio. Estas medidas de apoyo se atenderán, conforme a lo establecido en el Preámbulo de la Ley 8/2021, a los principios de necesidad –cuando resulten imprescindibles y necesarias-; proporcionalidad –en atención a la situación específica de la persona discapacitada de la que se trate-; y mínima intervención –en la menor dosis posible, a los fines de no resultar invasivas ni sobreprotectoras.

La nueva legislación, por tanto, extirpa del campo de la discapacidad instituciones jurídicas tradicionales¹¹⁸ como la incapacitación, la tutela de los incapacitados, la patria potestad prorrogada y rehabilitada, de tal suerte que cuando un hijo menor con discapacidad alcanza la mayoría de edad pueda contar con los apoyos precisos, de la misma manera que los tendría un adulto con algún tipo de discapacidad, en cuyo caso cabría constituir la curatela de sus padres, o bien, de ser el caso, la guarda de hecho.

En efecto, la asunción de medidas de apoyo necesarias, eje sobre el que gravita el nuevo sistema jurídico de la discapacidad, parte del principio básico en cuya virtud debe concurrir en su adopción la participación del menor para atender su voluntad, deseos y preferencias, tal como reza el tenor literal del nuevo artículo 254 del Código Civil¹¹⁹: de ahí que resulten legitimados para

¹¹⁸ LASARTE, C. *Op. Cit.* 2021, págs. 211, 212.

¹¹⁹ MORO ALMARAZ, M.J. Comentario al artículo 254 del Código Civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 257 y 258.

recabar tales medidas de apoyo el menor, una vez cumplidos los dieciséis años, ya que debe hacerlo durante los dos años anteriores a su mayoría de edad; sus progenitores; su tutor; y el Ministerio Fiscal. La solicitud puede realizarse con dos años de antelación a que el menor alcance la mayoría de edad, manteniendo la eficacia estas medidas de apoyo, incluso una vez alcanzada la mayoría de edad, siempre que el mayor de edad permanezca sujeto a patria potestad o tutela.

Solo con carácter excepcional y circunscrita a los supuestos en los que no resulte posible establecer medidas de apoyo al discapacitado, podrá recurrirse a la representación en la toma de decisiones –curatela representativa-, con independencia de que medie o no algún tipo de reconocimiento administrativo en torno a la discapacidad.

Y es que, tal como veremos más adelante, la nueva Ley 8/2021 catapultó la curatela asistencial como institución emblemática de apoyo. Prueba de lo afirmado lo evidencia el hecho de que, a diferencia de lo establecido en la legislación anterior, el régimen jurídico actual de la curatela rige supletoriamente en sede de tutela, defensor judicial y guarda de hecho, a tenor del artículo 224 del Código Civil¹²⁰.

¹²⁰ MUNAR BERNAT, P.A. Comentario al artículo 269 del Código Civil, en AA.VV. *Op. Cit.* 2022, pág. 347.

La nueva Ley 8/2021 presenta la **tutela**¹²¹ como una institución jurídica tuitiva reducida taxativamente en su aplicación a dos supuestos: el menor de edad no emancipado no sujeto a patria potestad; y el menor de edad no emancipado en situación de desamparo, de tal suerte que cuando un menor discapacitado alcanza la mayoría de edad cuenta con los mismos apoyos de los que dispone un adulto, en el caso de precisarlos.

Su régimen jurídico¹²² sigue considerando un deber el ejercicio del cargo de tutor (artículo 200 del Código Civil); mantiene las diversas modalidades de tutela en función de su constitución (legítima, dativa y testamentaria); regula las causas de inhabilidad para ejercer como tutor (artículos 243, 244 del Código Civil), las causas legales de incapacidad absoluta (artículo 216 del Código Civil) e incapacidad relativa (artículo 217 del Código Civil); enumera las excusas que puede esgrimir el tutor para no asumir el cargo; y, finalmente, reseña las causales de remoción del tutor, que son las mismas que aplican en el caso de la curatela para el curador (artículo 278 del Código Civil, por expresa remisión del artículo 223).

¹²¹ Al respecto, BERROCAL LANZAROT, A.I. *El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad*. Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana nº 17. 2022, págs. 426 y ss.

¹²² LASARTE, C. *Op. Cit.* 2021, págs. 214-217.

Por otra parte, la nueva Ley 8/2021 reivindica e impulsa la institución jurídica de la **curatela**¹²³, que asume un verdadero cariz asistencial, con unas funciones bien delimitadas: por un lado, coadyuvar a la persona discapacitada en la toma de decisiones, mediante la debida información; ayudar en la comprensión y razonamiento, al facilitar la expresión de sus preferencias; fomentar el ejercicio de la capacidad jurídica del discapacitado con reducción del apoyo en un futuro, de ser ello posible (249, 2 del Código Civil)¹²⁴; y, además, prestar al discapacitado la debida asistencia en un acto jurídico concreto, más acorde con la misión tradicional de la curatela, si bien más en calidad de respaldo a la actuación del discapacitado, que como verdadero complemento de su capacidad, no obstante ser anulables los actos realizados por aquel sin las medidas de apoyo requeridas, a tenor del artículo 1302, 3 del Código Civil, puesto que es el juez quien establece los actos del discapacitado que precisan de la asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica, en función de las medidas concretas de apoyo definidas (artículo 269, 2 del Código Civil)¹²⁵.

Así pues, la nueva regulación nos presenta una curatela que se erige en la medida de apoyo judicial por excelencia de las personas con discapacidad, constituida por el juez para las personas que requieren de medidas de apoyo continuadas, cuyo contenido vendrá

¹²³ Un estudio sobre la curatela tras la Ley 8/2021, en ALVENTOSA DEL RÍO, J. *La curatela tras la Ley 8/2021*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2022.

¹²⁴ GARCÍA RUBIO, M.P.; TORRES COSTAS, M.E. Comentario al artículo 249 del Código Civil, en AA.VV. *Op. Cit.* 2022, págs. 207 y ss.

¹²⁵ MUNAR BERNAT, P.A. Comentario al artículo 269 del Código Civil, en AA.VV. *Op. Cit.* 2022, págs. 348 y 349.

delimitado en la resolución judicial que la establezca, todo ello en función de las circunstancias y de la situación concurrente en el discapacitado. Eso sí, conforme a los criterios de subsidiariedad, solamente constituida por la autoridad judicial de no existir otra medida de apoyo suficiente (artículo 269, 1 del Código Civil)¹²⁶; y de una cierta estabilidad, sin mengua de la provisionalidad que compele su necesaria revisión, ya ante cualquier modificación sobrevenida, ya transcurridos 3 años, o bien 6 años en caso de circunstancia extraordinaria y motivada, sin perjuicio de la adopción de las medidas de control oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa del apoyo (artículos 268 y 270 del Código Civil)¹²⁷.

En definitiva, estamos en presencia de una curatela congruente con el propio significado del término -cuidado-, que le otorga de inicio un carácter asistencial, cuyo contenido consiste en asistir, ayudar, informar, supervisar, en el ámbito personal o patrimonial, o en ambos a la vez, de tal suerte que el curador no suple la voluntad del discapacitado, sino que la asiste y completa.

Sin embargo, de manera subsidiaria y extraordinaria, cabe la curatela representativa¹²⁸, a la que solamente se recurrirá excepcionalmente (artículo 249 del Código Civil) en atención al grado de discapacidad padecido, siempre con proporcionalidad,

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre de 2021 (RAJ 2021/4002).

¹²⁷ MUNAR BERNAT, P.A. Comentario al artículo 268 y 270 del Código Civil, en *Op. Cit.* 2022, págs. 333 y ss.; 351 y ss.

¹²⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, J. *Op. Cit.* 2022, págs. 335 y ss.

cuando el discapacitado, privado de sus facultades volitivas y cognitivas, no pueda decidir por sí mismo, en cuyo caso el curador representativo deberá considerar en su actuación aspectos tales como “*la trayectoria vital, los valores y creencias del discapacitado*”¹²⁹. Será el juez quien precisará los actos en los que deba ejercerse la representación, que podrá ser plena cuando la situación del discapacitado así lo requiera, si bien en ningún caso podrá privativa o prohibitiva de derechos.

Es decir, solamente y con carácter extraordinario la curatela puede ser representativa, siendo el juez quien señala los actos en los que el curador deba ejercer dicha representación (incluyendo en el señalamiento, a su vez, los que requieran autorización judicial)¹³⁰, lo cual sucederá cuando el discapacitado no pueda establecer su voluntad, deseos y preferencias, en cuyo caso el curador, en el ejercicio de sus funciones, deberá contar con la trayectoria vital del discapacitado, sus creencias y valores, así como también los factores que el discapacitado hubiera tomado en consideración para decidir

¹²⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, J. *Op. Cit.* 2022, pág. 341.

¹³⁰ El artículo 287 del Código Civil prevé que cuando el curador ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo, necesitará autorización judicial para los actos que determine la propia resolución y, en todo caso, para los enumerados en una extensa lista. Incluso, si se tratara de actos que se hubieran podido celebrar sin autorización judicial (por argumento en contrario, los no expresados en el mencionado precepto), cabe la rescisión por lesión de dichos actos cuando las personas representadas sufrieran una lesión mayor de la cuarta parte del valor de las cosas objeto de aquellos, a tenor del artículo 1291, 1º del Código Civil. Al respecto, MUNAR BERNAT, P.A. Comentario al artículo 287 del Código Civil, en AA.VV. *Op. Cit.* 2022, págs. 433 y ss.

según hubiera podido hacerlo, de no haber precisado dicha representación (artículos 249, 3 y 269, 3 del Código Civil).

Aun así, el Código Civil recoge la posibilidad de una curatela con funciones representativas plenas, esto es, con un alcance general, en aquellos casos que la situación de la persona con discapacidad lo exija. En su virtud y, atendiendo a la situación personal del discapacitado con arreglo a los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida, se permite admitir distintos grados de curatela representativa, que se fijarán bien en el auto que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria, o bien en la sentencia que cierra el juicio verbal¹³¹.

A pesar de que el legislador no lo contempla expresamente, cabría también la constitución judicial de una *curatela mixta*¹³², con funciones representativas y asistenciales al mismo tiempo.

Además de las tres modalidades de curatela señaladas (asistencial, representativa o mixta), sería posible añadir una curatela de origen voluntario¹³³, con carácter preventivo o *ex ante*,

¹³¹ CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R. *El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica*. RCDI n°790. 2022, pág. 700.

¹³² LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid 2021, p. 74. Tener en cuenta al respecto las siguientes Sentencias: Audiencia Provincial de Ciudad Real, n° 408, de 22 noviembre 2021 (JUR 2022/57786); Juzgado de Primera Instancia n°7 de Guadalajara, n° 767, de 29 diciembre de 2021 (JUR 2022/208395); Juzgado de Primera Instancia n° 7 de Guadalajara, n° 88, de 8 febrero de 2022 (JUR 2022/208493).

¹³³ GARCÍA RUBIO, M.P. Comentario al artículo 250 del Código Civil, en

denominada autocuratela, una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos en el artículo 10 de la Constitución española¹³⁴: en tal sentido, la persona con discapacidad, sea mayor de edad o menor emancipada, previendo la concurrencia de circunstancias obstativas del ejercicio de su capacidad jurídica, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o de varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador; del mismo modo, podrá establecer disposiciones sobre su funcionamiento y contenido, especialmente en lo concerniente al cuidado de su persona, administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y las medidas de vigilancia y control que se hayan de aplicar; proponer a las personas que deban ejercerlas (artículo 271 del Código Civil)¹³⁵; e, incluso, excluir la necesidad de autorización judicial para realizar determinados actos (artículo 287 del Código Civil)¹³⁶.

En todo caso, si bien la mencionada escritura de constitución de la autocuratela vincula a la autoridad judicial, el juez, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, podrá prescindir total o parcialmente de dichas disposiciones voluntarias cuando estime que concurren

AA.VV. *Op. Cit.* 2022, pág. 235.

¹³⁴ STS, Sala de lo Civil, nº 734, 2 noviembre de 2021 (RJA 2021/4958).

¹³⁵ GONZÁLEZ LEÓN, C. Comentario al artículo 271 del Código Civil, en AA.VV. *Op. Cit.* 2022, págs. 355 y ss.

¹³⁶ STS, Sala de lo Civil, nº 706, 19 octubre de 2021 (RJA 2021/4847).

circunstancias graves desconocidas por el constituyente de la autocratela, o bien cuando se produzca una alteración de las causas contempladas o presumiblemente consideradas en el momento de elaborar sus disposiciones, siempre y cuando el juez así lo decida mediante resolución judicial motivada (artículo 272 del Código Civil)¹³⁷.

En defecto de la mencionada autocratela o del pertinente poder preventivo¹³⁸, operan las medidas de apoyo legales y judiciales; así, concretamente, en caso de emanar estas medidas del juez, el legislador establece un orden que la autoridad judicial deberá respetar al nombrar un curador. En este supuesto, cabe la coexistencia de las medidas de autorregulación con aquellas que proceden del legislador o del juez, cuando aquellas no resulten totalmente satisfactorias.

Completan el régimen jurídico actual de la curatela cuestiones relacionadas con la figura del curador¹³⁹, tales como las causas de inhabilidad (artículo 275 del Código Civil), las excusas para ejercer el cargo de curador, así como lo atinente a la remoción del cargo (artículos 281 y 278 del Código Civil, respectivamente).

¹³⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, J. El nuevo régimen de la curatela, en AA.VV. *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. De Verda y Beamonte, J.R.; coords. Chaparro Matamoros, P.; Bueno Biot, A.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2022, págs. 170-173.

¹³⁸ MORO ALMARAZ, M.J. Comentario al artículo 276 del Código Civil, en AA.VV. *Op. Cit.* 2022, págs. 270 y ss.

¹³⁹ En este sentido, AMMERMAN YEBRA, J. Comentario a los artículos 275-281 del Código Civil, en AA.VV. *Op. Cit.* 2022, págs. 387 y ss.

IV. HUELLAS DEL DERECHO ROMANO EN LA REGULACIÓN DE LA TUTELA Y LA CURATELA EN LA LEY 8/2021, SOBRE LA DISCAPACIDAD

A los fines de establecer posibles conexiones entre el Derecho romano y la reciente Ley 8/2021 sobre la discapacidad, que modifica varios cuerpos legales de nuestro ordenamiento jurídico (Código Civil, Código de Comercio, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley del Notariado, Ley de la Jurisdicción Voluntaria, Ley Hipotecaria, Ley del Registro Civil, Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad), procederemos metodológicamente a señalar las diferencias y similitudes detectadas en las instituciones jurídicas referidas a partir de un estudio comparativo de sus manifestaciones a lo largo de la evolución del Derecho romano y la versión actual reflejada en el Código Civil español, surgida tras la reforma legislativa operada como consecuencia de la Ley 8/2021.

Así y, por lo que respecta a las **diferencias** más significativas dignas de consideración, detectamos las enumeradas a continuación:

1.- La reciente Ley 8/2021, inspirada en el artículo 10 de la CE¹⁴⁰, parte de la premisa del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad, de tal manera que todas las personas cuentan con capacidad jurídica, incluidas las

¹⁴⁰ En tal precepto constitucional se consagra, en relación con la materia abordada, el respeto a la dignidad de la persona, la tutela de los derechos fundamentales y el respeto a la libre voluntad de las personas con discapacidad.

discapacitadas y, al igual que el resto de las personas, son titulares del derecho a tomar sus propias decisiones, un derecho que, como reza el Preámbulo de la mencionada Ley, “*ha de ser respetado*”, por tratarse “*de una cuestión de derechos humanos*”.

Además, en la nueva legislación y, como principio, ni hay distinción entre la capacidad de las personas discapacitadas con la de las demás personas, ni se distingue entre discapacidad física y mental.

Por el contrario, en Roma, como sucedió en otras civilizaciones antiguas, la enfermedad¹⁴¹, sobre todo la mental¹⁴², constituyó un obstáculo para cualquier actividad o trabajo, en suma, para el ejercicio de los derechos, si bien esta última terminología no resulte propiamente romana, sino fruto de la aportación de la pandectística tras la confección de la teoría del negocio jurídico.

A la consideración social romana de la enfermedad como una desgracia o castigo de los dioses, que desembocaría, por lo general, en la pobreza y la exclusión social¹⁴³, se ha de añadir la consideración jurídica aparejada¹⁴⁴, que restringe derechos y los limita abundantemente.

¹⁴¹ La enfermedad sónica perjudica para todo (D. 50, 16, 113).

¹⁴² NARDI, E. *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*. Giuffrè. Milano. 1983, págs. 4 y ss.

¹⁴³ WHITTAKER, R. “El pobre”, en AA.VV. (Giardina, A.). *El hombre romano*. Alianza Editorial. Madrid. 1991, págs. 331 y ss.

¹⁴⁴ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. *Op. Cit.* 2019, págs. 111; 223 y ss.

2.- La Ley 8/2021, en relación con lo señalado con antelación, implanta un sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica (guarda de hecho, curatela y defensor judicial), al margen del reconocimiento administrativo que exista en tal sentido, es decir, se instaura como regla general la práctica de la asistencia o el apoyo a las personas que lo precisen.

Sin embargo, en el Derecho romano la discapacidad física o sensorial quedaba reservada al ámbito de ejercicio de la curatela (*furiosi, debiliium personarum, minorum*), lo que presenta una diferencia, aunque, por otro lado, produce un cierto acercamiento al esquema de la curatela surgido de la reforma legislativa analizada.

3.- La Ley 8/2021 elimina las nociones de incapacitación y de modificación de la capacidad, dado que la capacidad es considerada una condición inherente a la persona humana. La cuestión no radica en una mera variación terminológica, sino que representa un verdadero cambio de paradigma: las personas con discapacidad cuentan con capacidad y son titulares del derecho a tomar sus propias decisiones.

En el Derecho romano no existió un procedimiento de incapacitación como tal, lo cual propiciaba una inseguridad jurídica manifiesta¹⁴⁵, toda vez que la constitución de esta nueva situación jurídica quedaba a expensas de los familiares del incapacitado,

¹⁴⁵ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. *Op. Cit.* 2019, pág. 160.

quienes, por su propia voluntad y tras detectar el motivo que pudiera ser causa de minusvalía jurídica (*cura furiosi, cura prodigii*)¹⁴⁶, determinaban la incapacitación automáticamente *-ipso iure-* de la persona en cuestión y, por ende, la sujeción a la curatela de los agnados y gentiles¹⁴⁷, posteriormente de los cognados. Es decir, al no existir un procedimiento judicial para establecer la incapacidad, no se precisaba de una decisión judicial al efecto, razón por la cual, un enfermo quedaba sometido a curatela desde el mismo momento en que la enfermedad se manifestara *-ab origine* o *sobrevenidamente-*, toda vez que tal persona era considerada incapaz, *ipso iure*, automáticamente, y se le adjudicaba un curador.

No obstante el refuerzo progresivo de las medidas de vigilancia sobre los curadores, lo cierto es que la intervención del *praetor* en este proceso se reducía a los supuestos en los que los llamados por la ley *-curatores honorarii*¹⁴⁸- a ejercer la curatela (*curatela legitima*) no la ejercían, a lo que habría que añadir al respecto la escasa relevancia que durante mucho tiempo representó en Roma la exigencia de una mínima verificación médica contrastada para acreditarla concurrencia de la circunstancia susceptible de originar la sujeción a curatela.

¹⁴⁶ A diferencia de los casos de discapacidad sensorial y cognitiva, en los que no es frecuente hallar en las fuentes jurídicas romanas aspectos relacionados con el nombramiento de curadores, en el supuesto de la *cura debilium personarum* (D. 27, 10, 2; 26, 5, 12) eran los pretores, más tarde los gobernadores y otros funcionarios imperiales, quienes procedían a nombrarles un curador, siguiendo el procedimiento utilizado al efecto para el nombramiento del *curator minorum*. En este sentido, KASER, M. *Roman Private Law*. University of South Africa. 1984, pág. 328.

¹⁴⁷ Tabla V, 7a.

¹⁴⁸ D. 27, 10, 13.

4.- La reforma del Código civil, fruto de la Ley 8/2021 sobre discapacidad, distingue dos tipos de curatela¹⁴⁹: asistencial, regla general, la medida de apoyo para quienes precisan apoyo de un modo continuado, cuya extensión vendrá delimitada por la correspondiente resolución judicial, en consonancia con la situación y las circunstancias concurrentes en la persona con discapacidad y sus necesidades de contar con medidas de apoyo; y representativa, situación excepcional, reservada para los casos de las personas con discapacidad que no puedan decidir por sí mismas, supuesto en el cual la autoridad judicial determinará, mediante resolución judicial motivada, los actos en los que el curador requerirá de la correspondiente autorización judicial, extensible esta también a aquellos actos de especial transcendencia personal, patrimonial o familiar para el discapacitado¹⁵⁰.

En el Derecho romano, por su lado, entre las diferencias que presentaba la curatela con relación a la tutela destacaba el carácter representativo de aquella frente al asistencial de esta.

En efecto, la función del tutor consistía en asistir al pupilo en todos los actos y negocios jurídicos en los que este último debiera manifestar su voluntad, autorizando con ello tales actos *-auctoritas tutoris-* sin cuya interposición serían nulos, de tal manera que, por

¹⁴⁹ Artículo 269 del Código Civil. Nos remitimos al comentario del mencionado precepto invocado en páginas anteriores.

¹⁵⁰ Artículo 287 del Código Civil. Nos remitimos al comentario del mencionado precepto invocado en páginas anteriores.

su través, la voluntad del pupilo resultaba integrada¹⁵¹ en los actos y negocios jurídicos efectuados.

Sin embargo, el *curator* representaba los intereses del representado, gestionando sus negocios *-negotiorum gestio-*, de tal guisa que éste no debía prestar el consentimiento en el negocio del que se tratara, por ser representado a cargo del *curator*¹⁵², razón por la cual el contenido y esencia de la curatela romana encajaba mejor en cuanto al objetivo de atender y proteger los derechos de las personas con discapacidad.

5.- La nueva Ley 8/2021, del mismo modo que la regulación anterior aunque con un procedimiento distinto, establece que el nombramiento de curador solo puede ser judicial, si bien introduce la gran novedad, como regla general, de que el curador será el elegido por la persona con discapacidad¹⁵³, siempre que cumpla los requisitos del artículo 275 del Código Civil, en atención al respeto de la voluntad y preferencias de la persona precisada de apoyos, uno de los principios sobre los que descansa la reforma legislativa abordada.

Surge, así, la denominada autocuratela como modalidad prioritaria de constitución de la curatela, una medida de

¹⁵¹ SOLAZZI, S. *Tutela*, en *Op. Cit.* 1973, pág. 915.

¹⁵² D. 47, 2, 57, 4.

¹⁵³ GONZÁLEZ LEÓN, C. Comentario a los artículos 271-274 del Código Civil, en AA.VV. *Op. Cit.* 2022, págs. 355 y ss.; AMMERMAN YEBRA, J. Comentario al artículo 276 del Código Civil, en AA.VV. *Op. Cit.* 2022, págs. 395 y ss.

autoprotección como expresión máxima de la autonomía individual¹⁵⁴, toda vez que las disposiciones voluntarias del constituyente, en principio, vinculan al juez, quien las suplirá o complementará en el caso de resultar insuficientes o no ajustarse a la voluntad del interesado ante una alteración grave de las causas o circunstancias que motivaron su constitución.

Se mantienen en la reforma las modalidades de curatela dativa, a instancias de la autoridad judicial no existiendo la testamentaria ni la legítima; curatela testamentaria, en virtud de una disposición testamentaria realizada por el testador; y curatela legítima, a falta de la testamentaria, siguiendo el orden que la ley establece. Todas estas modalidades resultan supletorias de la autocuratela.

El Derecho romano, por su lado, contempló inicialmente dos modalidades de constitución de la curatela: la legal, impuesta por ley¹⁵⁵; y la dativa¹⁵⁶, en defecto de la anterior, decretada por el magistrado. No existiría, en un principio, la tutela testamentaria, si bien la que hubiera dispuesto el padre en su testamento respecto de su hijo demente¹⁵⁷ podía ser confirmada por parte del pretor. En la

¹⁵⁴ FABREGA RUIZ, C.F. Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de Ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, en AA.VV. (dir. Munar Bernat, P.A.). *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*. Marcial Pons. Madrid, pág. 309; TORRES COSTAS, M.E. *Op. Cit.* 2020, págs. 265, 266.

¹⁵⁵ Tabla V, 7a (XII Tablas).

¹⁵⁶ D. 27, 10, 13.

¹⁵⁷ D. 26, 3, 1, 3; 27, 10, 16.

época del emperador Justiniano¹⁵⁸ solo sobrevivieron la curatela testamentaria y la dativa.

Evidentemente, el Derecho romano no atisbó ni planteó la denominada autocuratela, puesto que la única tutela de origen voluntario admitida fue la testamentaria.

6.- La Ley 8/2021 incluye dentro de las medidas de apoyo los poderes y mandatos preventivos¹⁵⁹, verdaderos instrumentos jurídicos de designación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Su reconocimiento legal proviene de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección del patrimonio de las personas con discapacidad, que modificó el artículo 1732 del Código Civil, en cuya virtud el mandato subsistía no obstante la incapacitación del mandante en el caso de que en el mismo así se hubiera establecido o se hubiera constituido precisamente para el caso de incapacidad del mandante, una vez apreciada conforme a lo dispuesto por éste. A través de un instrumento de tal naturaleza, una persona plenamente capaz podía adoptar previsiones necesarias para el caso de perder su capacidad, facultando a otra u otras personas para realizar actos

¹⁵⁸ *Institutiones* 1, 23, 1 y 3.

¹⁵⁹ MORO ALMARAZ, M.J. Comentario a los artículos 256 y ss. del Código Civil, en *Op. Cit.* 2022, págs. 269 y ss.

jurídicos que produjeran efectos en su persona y patrimonio dentro de los límites establecidos y en la forma señalada¹⁶⁰.

Con estos precedentes legislativos, la Ley 8/2021 presenta un nuevo escenario para los poderes y mandatos preventivos¹⁶¹, toda vez que todas las personas cuentan con plena capacidad jurídica; se ha eliminado la incapacitación de las personas; se reconocen las medidas de apoyo para las personas con discapacidad cuando lo precisen en el ejercicio de su capacidad jurídica; y es posible establecer medidas de apoyo voluntariamente, entre las cuales se reconocen expresamente los poderes y mandatos preventivos.

Por lo que respecta al Derecho romano, el poder preventivo chocaría abierta y frontalmente con la esencia del contrato de mandato, dado su carácter personalísimo y basado en la noción de confianza. En efecto, cuando se señalan las causas de extinción del mandato se incluyen la renuncia del mandatario¹⁶², la revocación por parte del mandante¹⁶³, muerte del mandante o mandatario¹⁶⁴. No se habla de la incapacidad (interdicción) del mandante ni del mandatario como causa de extinción del mandato, si bien, si partimos de la idea del carácter *intuitu personae* del mandato y tomamos como referencia que la *capitis deminutio (maxima, media y*

¹⁶⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. *Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario*. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, año IX, nº 36, pág. 20

¹⁶¹ MORO ALMARAZ, M.J. Comentario al artículo 256 del Código Civil, en *Op. Cit.* 2022, pág. 272.

¹⁶² D. 17, 1, 22, 11; *Institutiones* 3, 26, 11.

¹⁶³ *Institutiones* 3, 26, 9; D. 17, 1, 26.

¹⁶⁴ *Institutiones* 3, 26, 10; D. 17, 1, 27, 3.

minima) del pupilo supone la extinción de la tutela¹⁶⁵, podemos colegir que cualquier modalidad de incapacidad sobrevenida del mandante, sea provocada por la *capitis deminutio* (*minima, media o maxima*), o bien por una causa que motive la sujeción a curatela por motivo de discapacidad física o psíquica, debería producir la extinción del mandato.

De hecho, esta fue la solución adoptada por el Código civil español en su versión inicial, que se mantuvo vigente hasta su reforma de 1984, de tal manera que se incluyó como causa de extinción del mandato, entre otras, la incapacitación del mandante, causal que se reincorporó tras la reforma de 2003 en caso de incapacitación sobrevenida del mandante, a no ser que el mandato hubiera dispuesto su continuación o se hubiera conferido específicamente el mandato para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste.

7.- El Derecho romano consideraba pródigo a quien no era capaz de controlar el tiempo y límite de sus gastos¹⁶⁶, lo que le ocasionaba la ruina de su patrimonio al dilapidar y malgastar sus bienes, situación que propiciaba el nombramiento de un curador para proteger a sus herederos o personas a su cargo, así como también para preservar al mismo pródigo, cuya conducta resultaba

¹⁶⁵ *Institutiones* 1, 23, 4.

¹⁶⁶ D. 27, 10, 1 pr.

equiparable a la del *furiosus*, al ser considerados ambos carentes de voluntad¹⁶⁷.

Precisamente y, siguiendo la estela e influencia del Derecho romano, la curatela estuvo regulada por primera vez en el Código Civil español de 1889 y fue reputada como una causa de incapacitación¹⁶⁸, tratando con ello de proteger los derechos económicos del grupo familiar –herederos forzosos- en detrimento de la libertad personal del dilapidador¹⁶⁹, atendiendo al criterio de la estabilidad patrimonial en aras de su acumulación y preservación¹⁷⁰.

En 1983 se reforma el Código Civil en esta materia y la prodigalidad se convierte en un instrumento orientado a la defensa de los intereses de terceros, cuando exista un deber de alimentos con relación a ellos: en efecto y, a diferencia de la redacción originaria del Código Civil que mantenía la influencia romana y protegía los intereses de los herederos forzosos, la reforma de 1983 evidencia la finalidad de proteger el sustento de los familiares más allegados ante conductas que ponen en peligro su patrimonio y, por ende, pueden poner en riesgo incluso el cumplimiento de su obligación de

¹⁶⁷ D. 26, 5, 12, 2; 50, 17, 40.

¹⁶⁸ Sección 3^a, capítulo III, título IX: el artículo 221 establecía que “*La declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio y la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado [...]*” y el artículo 222 determinaba que “*Sólo pueden pedir la declaración [...] el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción, el Ministerio Fiscal, por sí o a instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores o incapacitados*”.

¹⁶⁹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *La prodigalidad como institución de protección a la legítima*. Revista de Derecho Privado. Vol. 62, nº4. 1978, pág. 258.

¹⁷⁰ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. en AA.VV. (Coords. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y AMORÓS GUARDIOLA, M.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 180.

alimentos¹⁷¹, a lo que había que añadir que nadie podía ser incapacitado si no era por la concurrencia de una deficiencia física o psíquica que le impidiera gobernarse por sí mismo, con lo cual la prodigalidad deja de ser subsumible en el artículo 200 del Código, ya que sólo lo sería en el supuesto en el que la conducta despilfarradora obedeciese a “*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”, tal como rezaba en su redacción de 1983, que permaneció vigente hasta la reforma de la Ley 8/2021.

Así, tras la reforma de 1983, el pródigo pasa a estar sujeto a curatela (artículo 286, 3 del Código Civil) y no a tutela como lo estaba con la redacción original de 1889.

Aun cuando en la práctica la declaración de prodigalidad no era frecuente, lo cierto es que con miras a la reforma legislativa nacional de adaptación a la Convención de Nueva York, se planteó “*mantener la prodigalidad, al margen del sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica y conectada solamente a la percepción de los alimentos a cargo del presunto pródigo*”¹⁷², del mismo modo que se planteó eliminar la asistencia al pródigo cuando su conducta no lo hiciera realmente necesario y, en este sentido, surge en 2020 una propuesta tendente a conservar la prodigalidad en el proyecto de la

¹⁷¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L., *Artículo 1387*, en AA.VV. (Coords. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.; AMORÓS GUARDIOLA, M.). *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II. Tecnos. Madrid. 1984, pág. 1775.

¹⁷² Al respecto, Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 diciembre 1997 (ROJ 8902/1997).

futura Ley 8/2021. Sin embargo, en el recorrido de su tramitación parlamentaria, se suprime finalmente la institución jurídica de la prodigalidad, pues se buscan *“otras fórmulas mucho menos intrusivas de la libertad personal para garantizar las responsabilidades familiares”*¹⁷³, de tal manera que los familiares tendrán que buscar otros instrumentos menos intrusivos en la libertad personal del pródigo para garantizar su solvencia (ya mediante las medidas de apoyo voluntarias, ya mediante la curatela judicial). Todo ello a los fines de *“no restringir indebidamente las facultades dispositivas y de capacidad de obrar de la persona afectada”*¹⁷⁴.

Así pues, la nueva Ley 8/2021 elimina la prodigalidad como institución jurídica autónoma¹⁷⁵, no sólo para reforzar la autonomía personal del discapacitado, que podría ver así invadida su esfera privada de mantenerse esta institución jurídica, sino también porque las necesidades de apoyo que precisan estas personas encuentran mejor encaje actualmente en el nuevo régimen de

¹⁷³ Enmiendas nº 317 del Grupo Parlamentario Plural y nº 472 del Grupo Parlamentario Republicano. También solicitaban la supresión de la prodigalidad las enmiendas nº 118 del Grupo Parlamentario de Ciudadanos y nº 385 del Grupo Parlamentario Popular.

¹⁷⁴ Intervención del parlamentario Ribot Igualada, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* nº 185, de 20 de octubre de 2020, pág.33.

¹⁷⁵ Así se establece en el Preámbulo de la Ley 8/2021: *“se suprime la prodigalidad como institución autónoma, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”*, y se confirma en la nueva redacción del artículo 756 de la LEC cuando señala que *“queda derogada toda regulación de la prodigalidad contenida en cualquier norma del ordenamiento jurídico”*. Al respecto, SOSPREDA, F.J. *Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad*. Aranzadi digital. Estudios y comentarios, nº1, 2021, en <https://insignis.aranzadidigital.es> (consultado con fecha 25/02/2023).

curatela o de las medidas de apoyo voluntarias previstas por la nueva legislación.

Señaladas, pues, algunas diferencias entre la Ley 8/2021 y el Derecho romano, ello no es óbice para que también podamos encontrar algunas **similitudes**, un ejercicio intelectual que permite constatar nuestra hipótesis de trabajo, cual es poner en evidencia la presencia del Derecho romano en nuestros días, por supuesto no en calidad de un derecho positivo vigente, sino más bien como un derecho vivo inoculado en la esencia de los ordenamientos jurídicos actuales de la familia romanística del derecho. Por ello, conforme a este argumento, podemos detectar las siguientes huellas romanas en la reciente reforma legislativa sobre la discapacidad (Ley 8/2021):

1.- El Derecho romano postclásico considera la tutela y la curatela como un cargo personal, esto es, un deber (*officium, munus*)¹⁷⁶, que por ser de naturaleza pública (*munus publicum*)¹⁷⁷, estaba sujeto a controles públicos¹⁷⁸, cuyo ejercicio generaba responsabilidad en su desempeño¹⁷⁹. Ello explicaría la obligatoriedad de aceptar el cargo por parte del tutor o curador, a menos que concurrieran excusas justificadas para ello¹⁸⁰.

¹⁷⁶ D. 50, 4, 1, 4.

¹⁷⁷ *Institutiones* 1, 25 pr.

¹⁷⁸ Así lo establecen los artículos 270 y 290 del Código Civil. Al respecto, MUNAR BERNAT, P.A. Comentario a los artículos 270 y 290 del Código Civil, en AA.VV. *Op. Cit.* 2022, págs. 351-354; 447-449.

¹⁷⁹ XII Tablas (VIII, 20a); *Institutiones Gai* 1, 182; D. 27, 3;

¹⁸⁰ *Institutiones* 1, 25, 1-26.

Del mismo modo, la Ley 8/2021, al igual que la legislación precedente sobre la materia, confirma que el ejercicio de las funciones correspondientes a la tutela y la curatela constituyen un deber¹⁸¹, de tal manera que solo cabrá excusarse de su ejercicio en los supuestos legalmente establecidos¹⁸², teniendo en cuenta, sin embargo, que “no concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública”¹⁸³.

2.- La tutela en Roma se aplica a los impúberes no sujetos a la *patria potestas*¹⁸⁴ y a las mujeres *sui iuris*¹⁸⁵ no sujetas a la *patria potestas* del *paterfamilias*, o a la *manus* del esposo. En consecuencia, no existió en Roma la tutela de los incapacitados.

La Ley 8/2021 extirpa la incapacitación de la persona como causa de restricción de su capacidad de obrar, de tal manera que, a diferencia de lo que sucedía en la legislación anterior, ya no existe la tutela de los incapacitados, puesto que la tutela queda reducida a los supuestos de los menores no emancipados¹⁸⁶, bien en situación de desamparo, bien no sujetos a patria potestad.

¹⁸¹ Artículo 200 del Código Civil: “Las funciones tutelares constituyen un deber, ...”; Artículo 279, 4 del Código Civil: “Mientras la autoridad resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función ...”.

¹⁸² Artículo 223 del Código Civil: “Las causas y procedimientos de excusa de la tutela serán los mismos que los establecidos para la curatela ...”, razón por la cual se aplicará a la tutela lo previsto sobre excusas en sede de curatela (artículos 279-281 del Código Civil).

¹⁸³ Artículo 281 *in fine* del Código Civil.

¹⁸⁴ D. 26, 1, 1; *Institutiones* 1, 13, 1.

¹⁸⁵ *Institutiones Gai* 1, 115; 1, 145; 1, 148; 1, 150; 1, 157.

¹⁸⁶ Artículo 199 del Código Civil.

En consecuencia, en este aspecto, si bien por razones indirectas, como son la desaparición de la incapacidad y el establecimiento como referencia de la curatela como medida de apoyo, la tutela actual y la romana convergen parcialmente en cuanto a su ámbito de actuación, pues no aplican para los incapacitados.

3.- La regulación de la tutela posterior a la Ley 8/2021 se circunscribe a los menores no emancipados, no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo, lo que nos ubica en un plano similar a lo previsto en el Derecho romano en cuanto a su ámbito de aplicación en cuanto a los impúberes (*tutela impuberum*), que por su edad no podían defenderse espontáneamente¹⁸⁷, sin que podamos obviar, por descontado, la otra modalidad de tutela motivada por razón de sexo (*tutela mulierum*), actualmente inexistente.

También en este ámbito, por las razones indirectas mencionadas en el numeral anterior (desaparición de la incapacidad; establecimiento referencial de la curatela como medida de apoyo), podemos concluir que la tutela actual y la romana convergen y se aproximan en cuanto a su ámbito en función de la edad del pupilo (impúberes y menores no emancipados, respectivamente).

¹⁸⁷ D. 26, 1, 1; *Institutiones* 1, 13, 1.

Tal novedad nos presenta una diferencia llamativa con la legislación anterior¹⁸⁸, en la que la tutela recaía sobre: los menores no emancipados que no estuvieran sujetos a patria potestad; los menores en situación de desamparo; los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, de no proceder la curatela; y los incapacitados cuando la sentencia así lo hubiera establecido.

4.- La curatela asistencial constituye la medida de apoyo más habitual tras la Ley 8/2021, de tal manera que el curador asiste y acompaña al discapacitado en la toma de decisiones conforme a sus deseos y preferencias. Con ello se produce una aproximación a la concepción de la curatela romana, concretamente y por su ámbito de actuación en su modalidad *cura debilium*, en cuya virtud el *curator* presta su asistencia-*negotiorum gestio*-, sin que su actuación incluya la administración de los bienes del sujeto a curatela.

Prueba de lo afirmado anteriormente es que, a la regla general, se aplica la excepción de la curatela representativa, en cuyo caso su configuración conecta más con el modelo previsto para la tutela de los incapacitados en el régimen jurídico anterior a la Ley 8/2021, no asimilable al ámbito de la tutela romana en cualquiera de sus modalidades (*tutela impuberum* y *tutela mulierum*).

5.- Gran parte del régimen jurídico actual de la tutela se corresponde con el régimen jurídico de la tutela romana, con las debidas adaptaciones y actualizaciones: noción y concepto de la

¹⁸⁸ Artículo 222 del Código Civil en la versión anterior a la Ley 8/2021.

institución; sujetos de la tutela (tutor, pupilo); finalidad tuitiva; constitución de la tutela y clases en función de la misma (testamentaria, legítima, dativa); capacidad para ser tutor, causas de inhabilidad; delación y nombramiento del tutor; funciones del tutor (*negotiorum gestio, auctoritas interpositio*); derechos y obligaciones del tutor (representar al pupilo, prestar caución, elaborar inventario, velar por el pupilo, solicitar autorización judicial, rendir cuentas, reintegrar bienes al pupilo, indemnizar los daños ocasionados); excusas para ser tutor; remoción del cargo; extinción de la tutela.

6.- Sería extensible también lo afirmado, *mutatis mutandis*, respecto del régimen jurídico de la curatela actual en relación con la curatela romana: noción y concepto de la institución; sujetos de la curatela (curador, sujeto a curatela); finalidad tuitiva; constitución de la curatela y clases en función de la misma (testamentaria, legítima, dativa); capacidad para ser curador, causas de inhabilidad; delación y nombramiento del curador; funciones del curador (*negotiorum gestio*); derechos y obligaciones del curador (asistir, prestar fianza, elaborar inventario, velar por el pupilo, solicitar autorización judicial, rendir cuentas, reintegrar bienes al sujeto a curatela, indemnizar los daños ocasionados); excusas para ser curador; remoción del cargo; extinción de la curatela.

7.- En la Ley 8/2021, la tutela mantiene un carácter subsidiario respecto de la patria potestad (artículo 199, 2º del Código Civil), del mismo modo que es subsidiaria la curatela respecto de cualquier medida de apoyo voluntaria, a la vez que es

supletoria, en la medida que la autoridad judicial la constituirá mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, a tenor de lo previsto en el artículo 269 del Código Civil¹⁸⁹.

A su vez y, dado su ámbito de aplicación, la tutela presenta un carácter temporal hasta que se produzca la emancipación del menor, temporalidad que también es predicable de la curatela, puesto que es siempre revisable periódicamente¹⁹⁰, incluso de oficio, dada la naturaleza dinámica de la discapacidad¹⁹¹, susceptible de evolución, raramente lineal, sujeta a retrocesos y avances continuos.

El Derecho romano asumió también la subsidiariedad de la tutela respecto de la *patria potestas* (*tutela impuberum*), así como de la *patria potestas* y de la *manus* (*tutela mulierum*), nota también predicable de la curatela, por resultar aplicable en defecto de sujeción a la *patria potestas*¹⁹² o a la *tutela*¹⁹³.

8.- Aun cuando la Ley 8/2021 suprime la prodigalidad como institución jurídica autónoma, lo cual representa una notable diferencia con su tratamiento y reconocimiento en el Derecho romano, podemos señalar, sin embargo, que en la actualidad la

¹⁸⁹ LASARTE, C. *Op. Cit.* 2021, págs. 218, 219.

¹⁹⁰ MUNAR BERNAT, P.A. *Op. Cit.* 2022, págs. 338-341.

¹⁹¹ ORTEGA, X. *Ética clínica: necesidades de las personas con discapacidad intelectual y/o trastorno mental*, en AA.VV. *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas nº 39. 2016, pág. 79.

¹⁹² XII Tablas (V, 7a).

¹⁹³ D. 26, 1, 3 pr.

situación de una persona que pudiera perfilarse con un comportamiento tradicionalmente sujeto a prodigalidad podría tener respuesta, al margen de las posibles medidas de apoyo voluntarias, a través de la institución jurídica de la curatela configurada según el modelo adoptado en la nueva legislación reguladora de la discapacidad (Ley 8/2021).

CONCLUSIONES

1.- Evidentemente, la realidad social de nuestros días no es, en modo alguno, equiparable a la existente en la época de la civilización romana (siglos VIII a.C. – V y VI d.C.).

2.- Prueba de ello es la materia que nos ocupa: el tratamiento jurídico de las instituciones familiares tuitivas de la tutela y la curatela. Más aun si tomamos en cuenta la consideración jurídica de las personas físicas en uno y otro período objeto de análisis, a lo que tenemos que sumar, por su gran incidencia en el estudio realizado, la diferente consideración sociológica romana y contemporánea respecto de cuestiones tales como la minoría de edad y la discapacidad física, sensorial o intelectual.

3.- A partir de las dos premisas anteriores, que no deben pasarse por alto en ningún momento, planteamos llevar a cabo un ejercicio comparativo entre el régimen jurídico de la tutela y de la curatela en la época romana (en sus diversas etapas, desde la arcaica del *ius civile* hasta la justiniana) y el surgido tras la reforma

establecida por la Ley 8/2021, sobre las personas con discapacidad, fruto de la cual se ha producido una importante modificación de un elenco considerable de textos legislativos del ordenamiento jurídico español y, más concretamente en lo que a nosotros concierne, del Código Civil, por aglutinar principalmente este cuerpo legal el grueso de los aspectos que nos interesan en la propuesta aquí efectuada.

Una vez aplicado el método comparativo invocado y, siguiendo el esquema correspondiente al desarrollo y ejercicio de toda comparación jurídica que se precie, procederemos a recorrer los tres estadios que la integran: a) exposición de una tesis; b) réplica de su correspondiente antítesis; y c) obtención de una síntesis superadora. Para ello, comenzaremos con la detección de las analogías y diferencias que encontramos entre las instituciones jurídicas objeto de la comparación, con el objetivo de finalmente alcanzar una posible síntesis superadora¹⁹⁴:

La tesis de la que partimos sostiene que el Derecho romano sigue constituyendo un referente inexcusable en los ordenamientos jurídicos de la familia romanística del derecho.

En este sentido, podemos aplicar lo afirmado a propósito de la Ley 8/2021 y, más concretamente, en lo que concierne a las instituciones jurídicas de la tutela y la curatela. Todo ello, sobre

¹⁹⁴ ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Introducción al derecho comparado*. Oxford. University Press. México. 2002, págs. 37 y ss.

todo, si exponemos las **similitudes** detectadas en dicha Ley con las instituciones jurídicas romanas de la tutela y curatela, entre las cuales destacamos, por su relevancia, las enumeradas a continuación:

a) El carácter del deber que representa el ejercicio de los cargos de tutor y curador, sujetos ambos al control público.

b) No procede la tutela de los incapacitados/discapacitados.

c) Delimitación de la tutela para el caso de los menores no emancipados no sujetos a patria potestad o que se hallen en situación de desamparo.

d) El establecimiento de la curatela asistencial como medida de apoyo más habitual, en la que, como su nombre indica, el curador asiste.

e) Coincidencia en determinados aspectos del régimen jurídico de la tutela actual y romana: noción y concepto de la institución; sujetos de la tutela; finalidad tuitiva; constitución de la tutela y clases en función de la misma (testamentaria, legítima, dativa); capacidad para ser tutor, causas de inhabilidad; delación y nombramiento del tutor; funciones del tutor (*negotiorum gestio*, *auctoritas interpositio*); derechos y obligaciones del tutor (representar al pupilo, prestar caución, elaborar inventario, velar por el pupilo, solicitar autorización judicial, rendir cuentas, reintegrar bienes al

pupilo, indemnizar los daños ocasionados); excusas para ser tutor; remoción del cargo; extinción de la tutela.

f) También es extensible lo afirmado, *mutatis mutandis*, respecto del régimen jurídico de la curatela actual y romana: noción y concepto de la institución; sujetos de la curatela (curador, sujeto a curatela); finalidad tuitiva; constitución de la curatela y clases en función de la misma (testamentaria, legítima, dativa); capacidad para ser curador, causas de inhabilidad; delación y nombramiento del curador; funciones del curador (*negotiorum gestio*); derechos y obligaciones del curador (asistir, prestar fianza, elaborar inventario, velar por el pupilo, solicitar autorización judicial, rendir cuentas, reintegrar bienes al sujeto a curatela, indemnizar los daños ocasionados); excusas para ser curador; remoción del cargo; extinción de la curatela.

g) La Ley 8/2021 mantiene el carácter subsidiario de la tutela respecto de la patria potestad, del mismo modo que lo es la curatela respecto de cualquier medida de apoyo voluntaria; a la vez, la curatela es supletoria, en la medida que la autoridad judicial la constituirá mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.

La tutela presenta un carácter temporal hasta que se produzca la emancipación del menor, temporalidad que también es predicable de la curatela, puesto que es siempre revisable periódicamente, incluso de oficio, dada la naturaleza dinámica de la discapacidad,

susceptible de evolución, raramente lineal, sujeta a retrocesos y avances continuos.

El Derecho romano asumió también la subsidiariedad de la tutela respecto de la *patria potestas* (*tutela impuberum*), así como de la *patria potestas* y de la *manus* (*tutela mulierum*), nota asimismo predicable de la curatela, por resultar aplicable en defecto de sujeción a la *patria potestas* o a la *tutela*.

h) La Ley 8/2021 suprime la prodigalidad como institución jurídica autónoma; aun así, no podemos dejar de reconocer que una situación de prodigalidad en la actualidad podría encajar adecuadamente en el ámbito de aplicación de la curatela configurada en la nueva legislación.

Por otra parte, la antítesis respecto de la tesis anterior señala que, evidentemente, no podemos pretender establecer una transposición completa y exacta del Derecho romano en la legislación actual, puesto que son otras las circunstancias y otros los valores vigentes, distintos a los concurrentes en la época romana.

De ahí las diferencias que observamos entre la tutela y la curatela romanas respecto de sus homólogas actuales tras la reforma operada en la materia con motivo de la adaptación del ordenamiento jurídico español a los dictados de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006. Por ello, a continuación, reseñamos sus **disimilitudes**, a

los fines de efectuar la comparación propuesta, destacando algunos de los aspectos más relevantes de la reciente Ley 8/2021 sobre la discapacidad:

a) Reconocimiento del principio de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad (no hay distinción jurídica entre las personas en función de su capacidad, ni se distingue entre discapacidad física y mental).

b) Establecimiento de un sistema de medidas de apoyo para las personas con discapacidad con el fin de ejercer su capacidad jurídica.

c) Supresión del proceso de incapacitación y de modificación de la capacidad.

d) Existencia de dos modalidades de curatela (asistencial y representativa).

e) Reconocimiento de la autcuratela.

f) Admisión de los poderes y mandatos preventivos.

g) Supresión de la prodigalidad como institución jurídica autónoma limitativa de la capacidad.

Por fin, para concluir, hemos de decir que la tesis y la antítesis expuestas anteriormente conducen inexorablemente, a nuestro juicio, a una **síntesis superadora**, en cuya virtud y, sin dejar de reconocer que no podemos proponer una réplica exacta del Derecho romano en la práctica jurídica de nuestros días¹⁹⁵, ya mediante su actualización, ya por medio de la resurrección del movimiento de la pandectística alemana -neopandectismo-, sin embargo, sí que podemos sostener que su huella en los ordenamientos jurídicos modernos sigue presente, en la medida que, desde sus inicios, ha mantenido hasta hoy una evolución lineal¹⁹⁶ propiciada por los diversos reencuentros que el ordenamiento jurídico romano ha protagonizado a lo largo de la historia del derecho (primero, en la época romana desde el siglo VIII a.C. hasta el siglo VI d.C.: *ius civile*, *ius honorarium*, *ius praetorium*, *ius gentium*, *ius novum*, *ius Giustiniani*; segundo, en la época de los glosadores y posglosadores, entre los siglos XI y XIV; tercero, en el siglo XIX, merced al movimiento de la pandectística; y cuarto, a finales del siglo XX y lo que llevamos transcurrido del siglo XXI, ante el imponente reto que representa la magna tarea de unificar el Derecho europeo)¹⁹⁷.

¹⁹⁵ MAYER-MALY, T. *Antike Elemente in der allgemeinen Rechtslehre des Decretum Gratiani*, en *Ricerca Gallo III*. Napoli. 1997, pp. 211-217.

¹⁹⁶ TORRENT RUIZ, A. *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*. Edisofer. Madrid. 2007, págs. 331, 332; MANTELLO, A. *Ancora sulle Smanie "romanistiche"*. *Labeo* 48 n° 1. 2002, pág. 16.

¹⁹⁷ TORRENT RUIZ, A. *La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo*. *SDHI* n° 81. 2015, pág. 479.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, B. *Gli atti negoziali nell diritto privato romano*. Universidad de Palermo. Palermo, 1982.
- Le persone nell diritto privato romano*. Tip. S. Montaina. Palermo, 1979.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. *La curatela tras la Ley 8/2021*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2022.
- El nuevo régimen de la curatela, en AA.VV. *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. De Verda y Beamonte, J.R.; coords. Chaparro Matamoros, P.; Bueno Biot, A.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2022, págs. 170-173.
- AMMERMAN YEBRA, J. Comentario a los artículos 275-281 del Código Civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 387 y ss.
- ANTEQUERA, J.M. *Historia de la legislación romana: desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*. Infante. Madrid. 1874, págs. 272-283, en <https://archive.org/details/BResHIS34/page/n145/mode/2up> (consultado con fecha 03/10/2022).
- ARANGIO-RUIZ, V. *Instituciones de Derecho romano* (trad. J.M. Caramés Ferro). Depalma. Buenos Aires, 1986.
- AA.VV. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006/2016: una década de vigencia*. Comité Español

- de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Madrid, 2016.
- AA.VV. (dir. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Aranzadi. Pamplona, 2021.
- AA. VV. (Coords. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y AMORÓS GUARDIOLA, M.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Tecnos. Madrid, 1986.
- AA.VV. (Coords. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.; AMORÓS GUARDIOLA, M.). *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. II*. Tecnos. Madrid, 1984.
- BERNAD MAINAR, R. *Ius romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia/equidad, emblema del análisis económico del Derecho (AED)*. RIDROM [on line]. 22-2019. ISSN 1989-1970, págs. 55 y ss.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. *El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad*. Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana nº 17. 2022, págs. 426 y ss.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. *Discapacidad y Derecho romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Reus. Madrid, 2019.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. *La protección jurídico-patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en Derecho romano*. Revista de Derecho UNED nº7. 2010, págs. 121 y ss.

- CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R. *El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica*. RCDI nº790. 2022, págs. 669 y ss.
- DE SALAS MURILLO, S. *El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos*. Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana nº 17. 2022, págs. 16 y ss.
- DOMÍNGUEZ TRISTÁN, P. *El prodigus y su condición jurídica en Derecho romano clásico*. Cedecs. Barcelona, 2000.
- FÁBREGA RUIZ, C.F. Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de Ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, en AA.VV. (dir. Munar Bernat, P.A.). *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*. Marcial Pons. Madrid, págs. 303 y ss.
- FUENTESECA DÍAZ, P. *Derecho privado romano*. Madrid, 1978.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Lex Nova. Valladolid, 2004.
- GARCÍA RUBIO, M.P. Comentario al artículo 250 del Código Civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 221 y ss.
- GARCÍA RUBIO, M.P.; TORRES COSTAS, M.E. Comentario al artículo 249 del Código Civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario*

- articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 207 y ss.
- GARCÍA VÁZQUEZ, C. *Paralelismo y unificación de las funciones de tutor y curator en Derecho romano*. Fundación Universitaria de Jérez. Jérez, 1981.
- GAYO, C. *Instituciones*. Civitas. Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ LEÓN, C. Comentario a los artículos 271, 272, 273 y 274 del Código civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 355 y ss.
- GUARINO, A. *Diritto privato romano*. Jovene Editore. Napoli, 1997.
Le "XII Tabulae" e "la tutela". Pagine di diritto romano IV. Napoli. 1994, pág. 146.
- KASER, M. *Roman Private Law*. University of South Africa, 1984.
- LASARTE, C. *Parte general y derecho de la persona. Principios de Derecho civil I*. 26ª edición. Marcial Pons. Madrid, 2021.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*. Francis Lefebvre. Madrid, 2021.
Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, año IX, nº 36, págs. 7 y ss.
- MANTELLI, A. *Ancora sulle Smanie "romanistiche"*. *Labeo* 48 nº 1. 2002, págs. 7-36.
- MAYER-MALY, T. *Antike Elemente in der allgemeinen Rechtslehre des Decretum Gratiani*, en *Ricerche Gallo* III. Napoli. 1997, pp. 211-

217.

MERINO HERNÁNDEZ, J.L. La reforma pendiente del código civil en materia de discapacidad, en *Una visión caleidoscópica de la justicia social en los albores del siglo XXI* (coord. Bernad Mainar, R.; Tenas Alós, M.A.). Colección Koiné nº 3. Ediciones Universidad San Jorge. Villanueva de Gállego. 2020, págs. 33 y ss.

MORO ALMARAZ, M.J. Comentario al artículo 254 del Código Civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 257 y 258.

Comentario a los artículos 256y ss. del Código Civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 269 y ss.

Comentario al artículo 276 del Código Civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 270 y ss.

MUNAR BERNAT, P.A. Comentario al artículo 268 del Código Civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 333 y ss.

Comentario al artículo 269 del Código Civil, en AA.VV.

(dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 343 y ss.

Comentario al artículo 270 del Código Civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 351 y ss.

Comentario al artículo 287 del Código Civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 433 y ss.

Comentario al artículo 290 del Código Civil, en AA.VV. (dir. García Rubio, M.P.; Moro Almaraz, M.J.; coord. Varela Castro, I.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2022, págs. 447-449.

NARDI, E. *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*. Giuffrè. Milano, 1983.

NICOSIA, G. *La legislazione decemvirale e la conoscenza del diritto*, en Fides. Humanitas. Ius. Studi in honore di Luigi Labruna, Vol. VI. Napoli. 2007, págs. 3784 y ss.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *La prodigalidad como institución de protección a la legítima*. Revista de Derecho Privado. Vol. 62, nº4. 1978, págs. 253 y ss.

- ORTEGA, X. *Ética clínica: necesidades de las personas con discapacidad intelectual y/o trastorno mental*, en AA.VV. *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas nº 39. 2016, págs. 76-81.
- PANERO GUTIÉRREZ, R. *Derecho romano*. 6ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2021.
- PANERO ORIA, P. *La datio tutoris en la lex Irnitana cap. 29*. AHDE nº 81. 2011, págs. 973 y ss.
- PAU PEDRÓN, A. *De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil*. Revista de Derecho Civil, Vol. 5, nº 3, julio-septiembre de 2018, págs. 5 y ss.
- PEREÑA VICENTE, M.; HERAS HERNÁNDEZ, M.M.; NÚÑEZ NÚÑEZ, M. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2022.
- SALAZAR VARELLA, C.E. *El proceso de incapacitación*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2021.
- SCHULZ, F. *Principios de Derecho Romano*. Ariel. Barcelona, 2002.
- SOLAZZI, S. "Tutela". *Novissimo Digesto Italiano (NNDI)*, vol. XIX. Torino. 1973, pág. 915.
- SOSPREDÀ, F.J. *Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad*. Aranzadi digital. Estudios y comentarios, nº1, 2021, en <https://insignis.aranzadidigital.es> (consultado con fecha 25/02/2023).

- SUETONIO, C. *XII Caesares ad veterum codicum fidem*. Claudio 23, 2, <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/56922/A021418.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado con fecha 5/10/2022).
- TOOHEY, P. *Madness in the Digest*, en *Mental Disorders in the Classical World*, W.V. Harris. Leiden-Boston. 2013, págs. 441 y ss.
- TORRENT RUIZ, A. *Fundamentos del Derecho europeo*. *Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*. Edisofer. Madrid, 2007.
- Manual de Derecho privado romano*. Edisofer. Madrid, 2008.
- La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo*. SDHI nº 81. 2015, págs. 469-514.
- TORRES COSTA, M.E. *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Colección Derecho Privado. Madrid, 2020.
- VIARENGO, G. *Studi sulla tutela dei minori*. Giappichelli. Torino, 2015.
- VIVAS TESÓN, I. *La reciente humanización del Derecho Civil español: necesidades y retos en materia de discapacidad*. Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia [online]. vol.5, nº14. Universidad de Guadalajara. México 2020, pp.191-198.
- WHITTAKER, R. "El pobre", en AA.VV. (Giardina, A.). *El hombre romano*. Alianza Editorial. Madrid. 1991, págs. 331 y ss.
- ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Introducción al derecho comparado*. Oxford. University Press. México. 2002.