

SANDRA CAMACHO CLAVIJO

**EL DERECHO CIVIL INCLUSIVO:
EL NUEVO MODELO DE DISCAPACIDAD
POR ENFERMEDAD MENTAL**

**La innovación tecnológica y la solidaridad
como sistema de apoyo**

Colegio Notarial de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

*En memoria de mi padre, Ernesto Camacho Clavé, buena persona,
buen esposo, buen padre, cuyo recuerdo y enseñanzas
me acompañan siempre.*

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	15
CAPÍTULO I. LA ENFERMEDAD MENTAL DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-HISTÓRICA	17
1. LA ENFERMEDAD MENTAL EN DERECHO ROMANO: <i>¿QUID EST FUROR?</i>	17
2. EL CUIDADO DEL ENFERMO MENTAL: LA <i>CURA FURIOSI</i>	20
3. LA ENFERMEDAD MENTAL EN EL DERECHO HISPANO-VISIGODO	24
3.1. El Código de Eurico	25
3.2. El Breviario de Alarico y la <i>Lex Visigothorum</i>	26
4. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ENFERMO MENTAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEDIEVAL	28
5. EL INTERNAMIENTO Y TRATAMIENTO DEL ENFERMO MENTAL EN EL DESPERTAR DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN	33
6. LA INTERDICCIÓN GRADUAL COMO PROTECCIÓN DEL ENFERMO MENTAL EN EL PROCESO DE CODIFICACIÓN	37
7. DESDE LA MEMORIA DE DURÁN Y BAS A LOS PROYECTOS DE APÉNDICE CATALANES	40
8. LA SUPRESIÓN DE LA CURATELA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889 O EL FIN DE UNA PROTECCIÓN <i>AD HOC</i> DEL INCAPACITADO POR TRASTORNO MENTAL	44
9. LA PROTECCIÓN DEL LOCO O DEMENTE: DEL SISTEMA TUTELAR FAMILIAR AL SISTEMA DE TUTELA JUDICIAL	46
CAPÍTULO II. DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL Y CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: HACIA LA CAPACITACION TECNOLÓGICA	53
1. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS	

	Pág.
CON DISCAPACIDAD (CDPD): ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD MENTAL	53
1.1. La recepción de la CDPD: ajustes necesarios	53
1.2. El concepto de discapacidad en la CDPD	56
1.3. El concepto positivo de discapacidad tras la CDPD: de la minusvalía a la discapacidad	57
2. LA ENFERMEDAD MENTAL EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CDPD).....	60
3. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	63
3.1. Introducción.....	63
3.2. La persona modificada gracias a la tecnología: la subjetividad <i>cyborg</i>	63
3.3. La innovación tecnológica y la discapacidad: hacia la capacitación tecnológica	66
3.3.1. Corrección tecnológica total de la deficiencia: supresión de la deficiencia en el binomio conceptual de la discapacidad	68
3.3.2. Corrección tecnológica parcial de la deficiencia: modificación del concepto mismo de deficiencia al incorporar la corrección tecnológica de la deficiencia padecida por el sujeto	70
 CAPÍTULO III. LA REFORMA DEL DERECHO CIVIL: LA INTEGRACIÓN DEL CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA DE LA CDPD ...	 73
1. EL CONCEPTO DE «CAPACIDAD JURÍDICA» EN EL ART. 12 DE LA CDPD.....	73
2. LA CUESTIONADA INTERPRETACIÓN DEL ENCAJE DE LA CAPACIDAD NATURAL EN EL CONCEPTO DE CAPACIDAD DE OBRAR CON ANTERIORIDAD A LA RECIENTE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL	78
3. LA CORRELACIÓN ENTRE DEFICIENCIA LIMITATIVA E INCAPACITACIÓN COMO DISFUNCIONALIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL ANTERIOR A LA RECIENTE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.....	81
4. LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: 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.....	84
4.1. Introducción.....	84
4.2. La tipificación del derecho de la persona con discapacidad a recibir apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica	85
4.3. El supuesto de hecho del sistema de apoyos.....	87
5. La proyectada reforma del Libro II del Código Civil de Cataluña: la integración del concepto de capacidad jurídica según la CDPD.....	91

	Pág.
CAPÍTULO IV. EL TRATAMIENTO DEL TRASTORNO MENTAL GRAVE MEDIANTE DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS: HACIA UN NUEVO SISTEMA DE APOYO Y RECUPERACIÓN DE LA CAPACIDAD NATURAL	95
1. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ENFERMEDAD MENTAL.....	95
1.1. El trastorno mental grave o severo (TMS): características.....	97
1.1.1. Que exista un diagnóstico de trastorno mental según criterios CIE-10 o DSM-IV-TR.....	97
1.1.2. Que la enfermedad tenga una duración determinada.	99
1.1.3. Que como consecuencia de la enfermedad exista un importante grado de disfunción social	100
1.2. El concepto de trastorno mental como objeto de estudio	100
2. EL TRATAMIENTO DEL TRASTORNO MENTAL MEDIANTE EL SISTEMA ROBÓTICO DE ESTIMULACIÓN CEREBRAL PROFUNDA (DBS) EN CATALUÑA	101
3. LA REVISIÓN DEL TRASTORNO MENTAL COMO ENFERMEDAD O DEFICIENCIA PERSISTENTE Y LA IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA ROBÓTICO DE ESTIMULACIÓN CEREBRAL PROFUNDA (DBS).....	104
3.1. El concepto de persistencia de la enfermedad o deficiencia: una propuesta de interpretación semántica	104
3.2. La revisión de la «persistencia» del trastorno mental a la luz de los nuevos tratamientos robóticos de estimulación profunda.....	106
4. LA TECNOLOGÍA COMO SISTEMA DE APOYO PARA LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA DISCAPACITADA SEGÚN LA CDPD	109
4.1. La delimitación y alcance de la derogada expresión «gobernarse por sí mismo»	109
4.2. La errónea equivalencia entre «falta de autogobierno» y «falta o insuficiente sistema de apoyo de terceros o de apoyo tecnológico» anterior a la reforma del Código Civil	110
4.3. El restablecimiento de la capacidad natural en el sistema de impulso cerebral profundo (DBS): ¿apoyo necesario en el ejercicio de la capacidad jurídica según la CDPD?	113
 CAPÍTULO V. LA DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL Y LA SOLIDARIDAD COMO SISTEMA DE APOYO: DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS A LA GUARDA DE HECHO	 115
1. LA DEFINICIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL EN EL MODELO DE APOYOS A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	115
2. LA ASISTENCIA DE HECHO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL: UNA REALIDAD PRÁCTICA.	118
3. LA ASISTENCIA DE HECHO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL: LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS	121

	Pág.
3.1. La gestión de negocios ajenos como expresión de la configuración jurídica de la solidaridad puntual prestada por el particular	121
3.2. La aplicación de las normas de la gestión de negocios ajenos a la ayuda del particular a la persona con discapacidad: cuestiones jurídicas planteadas	122
3.2.1. La gestión de asuntos ajenos: concepto y naturaleza jurídica.....	122
3.2.2. Un concepto amplio de «gestión»: gestión jurídica y gestión material.....	126
3.2.3. La ayuda a la persona con discapacidad: del acto de injerencia a la solidaridad «justificada» del particular.	128
3.2.4. La presencia y conocimiento del dueño: ¿tiene valor jurídico el silencio?	134
4. LA ASISTENCIA Y APOYO DE HECHO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD POR ENFERMEDAD MENTAL: LA GUARDA DE HECHO.....	139
4.1. La guarda de hecho: una práctica asistencial nada provisional.....	139
4.2. La configuración personal del concepto de guarda de hecho: ¿quién es guardador?.....	140
4.2.1. Introducción	140
4.2.2. La guarda de hecho como institución de apoyo.....	141
4.3. El alcance de la guarda de hecho: una propuesta inclusiva del apoyo de la persona en la evolución de la enfermedad psíquica.....	143
4.4. La obligación de «cuidar» del guardador: especial referencia a la intervención del guardador en el tratamiento psiquiátrico.....	145
4.4.1. Significado de la obligación de cuidar	145
4.4.2. La facultad de recibir la información asistencial relativa a la salud del guardado y de prestar el consentimiento informado previo a la intervención: especial referencia al tratamiento psiquiátrico	147
4.4.3. La acreditación del guardador de hecho.....	151
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES	155
1. EL CONCEPTO DE ENFERMEDAD MENTAL	155
2. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LA ENFERMEDAD MENTAL TRAS LA APROBACIÓN DE LA CDPD	156
3. LA REDEFINICIÓN DE UN CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EXIGIDA POR LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (LA DENOMINADA SUBJETIVIDAD <i>CÍBORG</i>) EN LA CORRECCIÓN DE DEFICIENCIAS FÍSICAS, MENTALES Y SENSORIALES	156
4. LA REFORMA OPERADA EN EL DERECHO CIVIL: LA LEY 8/2021 POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y	

	Pág.
PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.....	159
4.1. Las disfunciones evidenciadas en el sistema jurídico español anterior a la reforma.....	159
4.2. La reforma operada en el Derecho civil.....	160
5. INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS, EN PARTICULAR DEL SISTEMA ROBÓTICO DE ESTIMULACIÓN CEREBRAL PROFUNDA (DBS), EN LA CALIFICACIÓN DE LA ENFERMEDAD MENTAL COMO REQUISITO DE DISCAPACIDAD.....	161
6. LAS PRINCIPALES CUESTIONES JURÍDICAS INHERENTES A LA CONSTRUCCIÓN DE LA SOLIDARIDAD DE TERCEROS COMO GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS Y GUARDA DE HECHO.....	162
BIBLIOGRAFÍA.....	167

CAPÍTULO I

LA ENFERMEDAD MENTAL DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-HISTÓRICA

1. LA ENFERMEDAD MENTAL EN EL DERECHO ROMANO: *¿QUID EST FUROR?*

En la antigua civilización griega la explicación demonológica había dominado la concepción de la enfermedad mental. La consideración de la locura como posesión o como consecuencia de la acción de un poder sobrenatural era una convicción generalizada en los pueblos primitivos. Con el paso del tiempo, el estudio del origen natural de toda enfermedad facilitó su conocimiento¹, la anomalía mental tenía su causa en una alteración de la naturaleza, del mismo modo que ocurría con la dolencia corporal. Para la medicina griega, el cerebro era la sede de la razón, del entendimiento. La persona enfermaba cuando su cuerpo entraba en conflicto (*discrasia*)² por la alteración de los cuatro humores orgánicos fundamentales: sangre (en el corazón), flema (cerebro), bilis amarilla (hígado) y bilis negra (bazo)³. Cada humor tenía una cualidad básica: calor, frío, sequedad y humedad. La locura se originaba cuando, debido a factores externos e internos, se producía un exceso de estas cualidades básicas con efectos perjudiciales sobre los órganos. Con fundamento en esta teoría, el Código Hipocrático diagnóstica y clasifica, según los signos externos, las principales enfermedades mentales de la época (epilepsia, melancolía, manía y paranoia) y estudia

¹ Vid. E. H. ACKERKNECHT, *Breve Historia de la Psiquiatría*, Valencia, Seminari d'Estudis sobre la Ciència, 1993, p. 25.

² Así ALCMEON DE TROTONA, quien vivió probablemente en el siglo V a. C., y fue discípulo de PITÁGORAS, lo describe en su obra *De la naturaleza*, de la cual solo han llegado algunos fragmentos. Vid. J. CABRERA FORNEIRO y J. C. FUERTES ROCAÑÍN, *La enfermedad mental ante la ley*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, UPCO-ELA, 1994, pp. 19 y ss.

³ Es la tesis que desarrolló EMPÉDOCLES (430/490 a. C.), quien describe el origen del mundo por el equilibrio entre cuatro elementos: agua, aire, fuego y tierra, y crea la teoría humoral sobre la base de los cuatro elementos (fuego, tierra, agua, aire) caracterizados por cuatro cualidades (calor, sequedad, humedad, frío), para cada elemento se cuenta con un humor orgánico y la enfermedad es el desequilibrio entre dichos humores. Vid. S. BENNET, *Razón y locura en la antigua Grecia*, Madrid, Akal Universitaria, 1984, p. 266; J. CABRERA FORNEIRO y J. C. FUERTES ROCAÑÍN, *La enfermedad mental...*, op. cit., pp. 19 y ss.

sus recursos terapéuticos⁴. Las leyes griegas ofrecían protección legal al demente y, según relata Platón, previo ejercicio de la acción legal, se atribuía a los hijos la administración del patrimonio de los padres afectados de demencia (*dike paranoias*)⁵. Los dementes no podían contraer matrimonio y carecían de responsabilidad por acciones criminales⁶.

En Roma, la enfermedad dejó de tener interés científico debido a un mayor predominio de las ciencias sociales en detrimento de las ciencias naturales⁷. Este hecho determinó una mera continuidad de las teorías y técnicas médicas griegas y que cuestiones científicas relevantes como la determinación de cuándo una persona era considerada *furiosus* se dejasen a la libre apreciación de jueces y magistrados⁸. Pese a los estudios científicos sobre el enfermo mental, siguió la creencia popular del origen sobrenatural de la enfermedad que era considerada respuesta ante la violación de ciertos tabúes o por la pérdida del favor de las divinidades⁹.

Ahora bien, la preocupación por la protección jurídica del enfermo mental existió ya en el Derecho primitivo romano que en las XII Tablas dispone que: «Si alguien está loco y no tiene custodia, que la potestad sobre él y sus bienes sea de sus agnados y gentiles» («*Si furiosus escit ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecunia que eius potestas esto*» (XII Tablas, Tít. V, 7)¹⁰. A partir de la literalidad de esta disposición, se plantea un amplio debate sobre al alcance del término *furiosus* en Roma. No hay consenso sobre qué significado se le atribuía. Sin duda su difícil interpretación se debe a que los juristas no tuvieron un concepto claro de lo que eran los trastornos mentales.

La utilización de los términos *dementia* y *demens*, unas veces en lugar de *furiosus*, indistintamente, y como términos opuestos otras veces, ha

⁴ Vid. G. ZILBOORG y G. W. HENRY, *Storia de la Psichiatria*, Milano, Feltrinelli Editore, 1973, p. 41; S. BENNET, *Razón y locura...*, op. cit., p. 274; J. A. LÓPEZ FÉREZ, «Hipócrates y los escritos hipocráticos: Origen de la medicina científica», *Revista UNED de Filología*, 1986, pp. 157-175.

⁵ PLATÓN, *Las Leyes*, t. XI, Madrid, edición Patricio de Azcárate, 1872, p. 290: «Si la enfermedad, la vejez, el mal carácter o todas estas causas reunidas hacen que un hombre desvaríe hasta la extravagancia, de manera que ello pase inadvertido a todos los que no vivan con él y arruina su casa, porque sigue siendo el dueño de sus bienes, mientras que el hijo no sabe qué hacer y no puede decidirse a acusarlo de demencia, he aquí lo que la ley prescribe para su caso. El hijo irá a encontrar a los más ancianos de los guardianes de las leyes y les expondrá la triste noticia de su padre. Estos, después de un maduro examen, le dirán si debe o no intentar la acusación. En caso afirmativo ellos mismos le harán de testigos y abogados en la causa; una vez condenado el padre no tendrá ya el derecho de disponer de la mínima parte de sus bienes, pero permanecerá en la casa tratado como un niño, el resto de sus días».

⁶ PLATÓN, *Las Leyes...*, op. cit. (926 A y 864 D).

⁷ Vid. J. CABRERA FORNEIRO y J. C. FUERTES ROCAÑÍN, *La enfermedad mental...*, op. cit., p. 19.

⁸ Vid. F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 188; M.^a L. MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, «De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)», *ADC*, 2004, pp. 775-825, esp. p. 779.

⁹ G. ROSEN, *Locura y Sociedad Sociología Histórica de la enfermedad mental*, Madrid, Alianza Universidad, 1974, p. 96.

¹⁰ Las XII Tablas, Título V, 7: «*Si furiosus escit ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*», vid. P. RIVERO y J. PELEGRÍN, *Las Leyes de las Doce Tablas*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

dado lugar a diferentes tesis interpretativas sobre el significado de la palabra *furiosus*. En efecto, para una parte de la doctrina romanista, la curatela en su origen se refiere solo a la persona completamente privada de razón por una enfermedad mental, mientras que los afectados por una locura parcial (*demens* y *mente capti*)¹¹ carecerían en dicha época de protección hasta la posterior creación de la curatela dativa, libremente nombrada por el pretor¹². Otros autores consideran que el término *furiosus* designaba a la persona que manifestaba episodios de locura más o menos violentos, pero interrumpidos por intervalos lúcidos, mientras que la demencia y *mente capti* implicaba una privación completa de la inteligencia y excluía cualquier intervalo de cordura¹³.

Sin embargo, ninguna de las anteriores tesis propuestas encuentra un claro fundamento en los textos romanos. Así, el Digesto reconoció que el loco *furiosus* pudiera tener intervalos lúcidos al admitir que durante los mismos podía ser testigo en un testamento válido (D. 28,1.20.4 Ulp. Libro 1 ad Sap)¹⁴, pero al mismo tiempo describe al *mente captus* como cuerdo perturbado de forma temporal al reconocer que este no pueda testar durante la enfermedad de su cuerpo («*in adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest*» (D. 28,1,17, Paulo Sent. Libro III)¹⁵. Su testamento solo era nulo si lo otorgaba sufriendo un episodio de locura temporal¹⁶. Mientras que en otros textos, el *furiosus* era concebido como persona cuya enfermedad mental no presenta inter-

¹¹ Esta doctrina se basa en la distinción que CICERÓN hace en su obra *Tusculanae*, Libro III, 3.5.

¹² Esta tesis proviene de la doctrina alemana; *vid.* F. KART SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, t. III, Berlin, Scientia Verlag Aalen, reed. 1981, pp. 84-86; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, t. I, 54 (p. 159) y t. II, 446 (p. 728), núm. 3, Torino, UTET, 1930; también se postula a favor de esta interpretación S. PEROZZI, *Instituzioni di Diritto Romano*, Milano, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, vol. I, 1947, p. 525.

¹³ *Vid.* C. GUILARTE, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 22, según analiza A. AUDIBERT, «Des deux formes d'aliénation mentale reconnues par le droit Romain (*furor et dementia*)», *Nouvelle revue historique de droit français et étranger NRH*, 14, 1890, p. 850 (pp. 846-891), unas veces *mente captus* y *demens* eran empleados de forma opuesta al término *furiosus*, mientras que en otros textos eran utilizados como sinónimos. Este autor establece un doble criterio para distinguir el *furiosus* del *demens*, si la locura se manifiesta por una excitación anormal o por la anulación de las facultades y si el loco puede recobrar en ciertos momentos las facultades o si su estado mental no comporta ningún intervalo lúcido. Se llamaría furor a la persona de espíritu agitado que puede recobrar a intervalos la razón mientras que *demens* o *dementia* se refiere a la pérdida total de facultades excluida de recuperación. Para este autor la curatela del *furiosus* era curatela legítima (instituida por ley) mientras que la del *demens* era dativa o nombrada por el pretor, pero en la época posclásica toda curatela se convierte en dativa, *vid.* análisis de la tesis de AUDIBERT, en C. APPLETON, «Le Fou et le prodigue en Droit Romain. A propos d'un livre récent», *Revue Générale du Droit*, Paris, 1893, p. 143.

¹⁴ D. 28,1,20,4. Ulp lib.1 ad Sap: «El furioso no puede ciertamente ser presentado como testigo, no estando en su cabal juicio, pero si tiene intervalos, puede ser presentado en este tiempo; y también será válido el testamento». «*Ne furiosus quidem testis adhiberi potest quum compos mentis non sit, sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest; testamentum quoque, quod ante furorem consummavit, valebit, et bonorum possessio ex eo testamento competit*», en I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t. II, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1892, p. 338.

¹⁵ I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho...*, *op. cit.*, p. 337.

¹⁶ Comentando este matiz interpretativo en C. APPLETON, «Le Fou et le prodigue...», *op. cit.*, pp. 144-145.

valos de cordura y considerado como «sujeto que no puede llevar a cabo ningún negocio porque no entiende lo que hace» (GI, 3,106) y se le equiparaba por su falta de discernimiento al «niño que no habla o que apenas ha empezado a hablar» (GI, 3,109)¹⁷.

Además, el hecho de que el término demente no fuera empleado en los textos clásicos y que la dualidad terminológica *furiosus/demens* solo apareciera en los pasajes del *Corpus Iuris Civilis* que resultan de Justiniano, lleva a la doctrina a concluir que el término *furiosus* se refiere de manera general a todas las personas que tuvieran perturbadas sus facultades mentales, y que solo posteriormente, en la época justiniana, las palabras *furiosus*, *mente captus* y *demens* eran empleadas para indicar distintos grados de deterioro de las facultades mentales¹⁸. La curatela fue aplicable a cualquier caso evidente de enajenación mental; tanto al del *furiosus* o locura violenta como a los de menor gravedad de *demens* o *mente captus*.

2. EL CUIDADO DEL ENFERMO MENTAL: LA CURA FURIOSI

La única regla conservada de las XII Tablas referida a la curatela se relaciona con la curatela del loco o *furiosus*¹⁹. En esta, la persona y el patrimonio del individuo mentalmente enfermo, salvo que estuviera *in potestas patris* o *in tutela*²⁰; se hallaban *in potestate* del *proximus adgnatus* o de la

¹⁷ Vid. GAYO, *Instituciones*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 252-253.

¹⁸ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, Paris, Scientia Verlag Aalen, 1977, p. 330; P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Reus, 1965, p. 231, nota 2; F. SCHULZ, *Derecho Romano...*, *op. cit.*, p. 189; A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, Editore Jovene, 2001, p. 617.

¹⁹ La regla cuyo contenido hace referencia a la curatela del pródigo en las XII Tablas no se ha conservado, si bien se hace referencia a la misma Ulpiano, Libro I, ad sabin, D. 27,10,1 Lex I: «Lex I. Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio. Quod moribus quidem ab initium introductum est: sed solent hodie Praetores, vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempos, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatote ei dare, ejemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit. Quod si evenerit, ipso iure desinuntesse in potestate curatorum» traducción «prohíbe [...] la administración de sus bienes. Al principio se introduxo por lo perteneciente á las costumbres; pero el día de hoy suelen los Pretores y los Presidentes nombrar tutor, á ejemplo de los furiosos, al que no tiene fin ni tiempo en gastar; y dissipando sus bienes los gasta; y ambos estarán con curador, hasta que el furioso sane ó el prodigo se haga de buenas costumbres: lo que si se verificase, inmediatamente dexan de estar en potestad de los curadores», transliterada en B. A. RODRÍGUEZ FONSECA, *Digesto teórico-práctico, ó Recopilacion de los derechos común, real y canónico, por los libros y títulos del Digesto: traduccion literal al castellano de todas las leyes y párrafos del Digesto... y la exposicion de todas ellas, hasta las nuevamente recopiladas en el año 1773*, Madrid: por D. JOACHIN IBARRA..., t. IX, 1776, p. 305; A. AUDIBERT, *Essai sur l'histoire de l'interdiction et de la curatelle des prodigues en Droit Romain*, Paris, L. Larose et Forcel, 1890 (extrait de la Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger, joullet-août 1890), pp. 3 y 6, y comentario en F. SCHULZ, *Derecho Romano...*, *op. cit.*, p. 187.

²⁰ En Roma, la persona sometida a tutela y curatela es *sui iuris* y, por tanto, *paterfamilias*, es decir, no sometido al poder doméstico de otro sujeto. Los sujetos *alieni iuris* (resto de la familia) no podían estar sometidos a tutela ya que estaban sometidos indefectiblemente a la potestad del *paterfamilias*. Quedaban sometidos a tutela el sujeto impúber varón o mujer que siendo *sui iuris* debido a su edad no podían defenderse por sí mismos (*tutela impuberum*). Mientras que al alcanzar la pubertad el varón deja de estar sometido a tutela, la mujer pasa a quedar sometida

gens (XII Tablas, Título V, 7)²¹. El texto refleja el carácter eminentemente agrícola de la sociedad romana en la que la *gens* o el clan familiar se hacía cargo de aquellos miembros que eran incapaces de actuar. Pero la curatela no se concibe como una institución única referida al enfermo mental, ya que la atribución del encargo de administración patrimonial que implica se constituye según las necesidades del sujeto incapaz para la gestión, bien por encontrarse afectado por demencia (*cura furiosi*), bien por llevar una conducta dilapidadora (*cura prodigi*) o por ser un menor púber²².

La *cura furiosi* y la *cura prodigi* son configuradas en el Derecho romano primitivo como mera potestad doméstica atribuida al jefe de familia cuya finalidad era estrictamente la gestión del patrimonio, por lo que ambas presentan ciertas semejanzas y paralelismos. No ocurre lo mismo en la *cura minori* del Derecho romano clásico, que es de carácter voluntario, por la que el menor requiere al pretor el nombramiento de un curador para la realización de un concreto negocio jurídico²³. Esta institución de especial configuración fue instrumentalizada en el tráfico jurídico a modo de garantía para el tercero que contrataba con el menor púber. Pues la intervención del curador como un consejero experimentado enervaba una futura impugnación del negocio celebrado²⁴. De esta forma se dinamiza y reestablece la reputación del menor en la actividad mercantil²⁵.

a la tutela propia de su sexo, *tutela mulierum*. Vid. L. SANZ MARTÍN, *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 13.

²¹ Es el vínculo jurídico que une a los parientes por línea masculina, GAYO I, 156. «Son parientes agnáticos aquellas personas que están emparentadas por línea de varón, como si se dijera emparentados por el padre, tal como es el caso del hermano nacido del mismo padre, o el del hijo o el del nieto del hermano, así como también el del tío paterno o el del hijo o el nieto de este. Pero aquellos cuyo parentesco se establezca a través de persona de sexo femenino no son parientes agnáticos o agnados, sino que su parentesco es de Derecho natural. Y así con el tío materno o con el hijo de la hermana no hay relación agnaticia, sino simplemente coagnaticia. Y tampoco es agnado mío el hijo de mi tía paterna o el de mi tía materna, sino solo cognado y recíprocamente yo respecto de él tengo un parentesco de la misma naturaleza, ya que quienes siguen a la familia del padre y no a la de la madre». Vid. *Instituciones*, Madrid, Civitas, 1985, p. 91.

²² P. BONFANTE niega la existencia de la curatela como institución única y la califica como conjunto de instituciones que tienen por carácter común la gestión de un patrimonio perteneciente a un sujeto a quien no se le permite administrarlo por sí mismo, *Instituciones de...*, *op. cit.*, p. 217; P. F. GIRARD, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, Librairie Édouard Duchemin, 1978, p. 241, quien reconoce la imposibilidad de enumerar los tipos de curatela, y D'ORS, *Derecho Romano Privado*, Navarra, Eunsa, 1997, p. 366.

²³ C. 5,31,1 del año 214. Cfr. Inst. 1,23,2: «El emperador Antonino, Augusto á Crisanta: Advértele al adolescente, contra quien quieres comparecer en juicio, que pida que se le den curadores, contra quienes puedas comparecer conforme á derecho. Y si dejare de pedirlos, puedes dirigirte al juez competente para que ejerza sus funciones en el nombramiento de los curadores», *vid. I. L. GARCÍA DEL CORRAL, Cuerpo del Derecho...*, *op. cit.*, t. V, p. 642.

²⁴ En efecto, en el caso de que el púber sufriera engaño en un negocio celebrado con el consentimiento del curador, se le negaban los recursos concedidos al menor para su impugnación, que eran: a) la acción pública que permitía castigar con multa y penas subsidiarias al contratante del menor que hubiera obtenido un provecho de la inexperiencia del menor (*Lex Plaetoria* o *Laetoria de circumscriptione adolescentium*); b) la *exceptio legis Plaetoriae* o *Laetoriae* que impedía el progreso de la acción ejercitada contra el menor por quien contrató dolosamente con él (Paulo, D. 44,1,4), y c) la *restitutio in integrum* solicitada por el menor que hubiera sufrido un perjuicio aunque no hubiera mediado engaño (D. 4,4,1,1; C. 2,53,7).

²⁵ Los remedios (*actio*, *exceptio* e *in integrum restitutio*) hacían difícil que los terceros contrataran con los menores, de ahí la queja de un menor en Pséudolus, de Plauto, V. 303: *Perii, an-*

La curatela constituye un poder de administración absoluto referido a todo el patrimonio del *furiosus*²⁶. La doctrina romanista mayoritaria interpreta el significado del término *pecunia* empleado en las XII Tablas, en un sentido amplio que incluye a toda riqueza y, por tanto, equivalente a la totalidad del patrimonio. Así, el familiar agnado más cercano nombrado curador se encargaba de la gestión patrimonial con la garantía de que, cuando el *furiosus* sanase o falleciese, procedería a la restitución de los derechos patrimoniales²⁷. El curador se erigía así en titular fiduciario del patrimonio del loco, y lo administraba en espera de su restitución, mientras que el *furiosus* mantenía, aunque no la ejercitase, la titularidad de la potestad familiar (*sui filii, mulieres in manu y liberi in mancipio*)²⁸. Sin embargo, algunos autores argumentan que inicialmente el término *pecunia* se refiere de forma exclusiva al dinero como instrumento de cambio²⁹ y, por tanto, al conjunto de dinero y a los bienes convertibles en dinero del *furiosus*. Según esta tesis, la *potestas* decenviral agnaticia solo implicaba el poder de disposición sobre la *pecunia*, mientras que el resto de los bienes debían ser restituidos en caso de la recuperación del loco o de su sucesión y, por tanto, eran objeto de una gestión agnaticia conservadora³⁰. Con el tiempo el término *cura* incluirá todas las facultades atribuidas a los agnados, tanto de la *potestas* arcaica referida a la facultad dispositiva sobre la persona y solo sobre parte de su patrimonio, como de la actividad dinámica de gestión patrimonial. Solo en época más avanzada se considera que todo el patrimonio del *furiosus* (*res mancipi y nec mancipi*) queda sometido a curatela³¹.

La curatela no implica que el sujeto asistido por el curador sea auxiliado en la realización de ciertos actos, como ocurre con el tutor que, respecto de su pupilo, debía estar presente y cooperar en aquellos actos que le pudieran perjudicar y cuyos efectos recaían en el pupilo (*auctoritas interpositio*)³². El curador asume la gestión del patrimonio del incapaz,

normum lex me perdit quinavicinaria, metuant credere omnes. Transliterado en F. SCHULZ, *Derecho Romano...*, op. cit., p. 183.

²⁶ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 331; M. KASER, *Derecho Romano Privado*, Madrid, Reus, 1982, pp. 75 y ss.

²⁷ En contradicción de esta tesis M. WLASSAK, *Studien zum altrömischen Erb und Vermächtnisrecht. I*, Viena, Hölder Pichler Tempsky, 1933, formula la hipótesis de que para los bienes que no forman parte del *pecuniae furiosi* se abría la sucesión anticipada y provisional de la familia del *furiosus*.

²⁸ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, op. cit., p. 617.

²⁹ Esta tesis la desarrolla principalmente O. DILIBERTO, *Studi dulle Origini della «Cura Furiosi»*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1984, p. 79, mediante el análisis del texto de CICERÓN, *De Legibus*, 2,60 y de leyes que al hacer referencia a una sanción se expresa en dinero (*pecunia*), por ejemplo, en Fest s.v. Publica pondera (L.288) (FIRA, I, Leges, 79); S. PEROZZI, *Instituzioni...*, op. cit., p. 524.

³⁰ O. DILIBERTO, *Studi...*, op. cit., p. 121; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto romano privato*, Palermo, Tipografia S. Montaina, 1982, pp. 355 y 537.

³¹ P. BONFANTE, *Instituciones...*, op. cit., p. 231; F. SCHULZ, *Derecho romano...*, op. cit., p. 187; P. JÖRS y W. KUNKEL, *Derecho Romano Privado*, Barcelona, Labor, 1965, p. 432; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain...*, op. cit., p. 331.

³² La *auctoritas interpositio* era el auxilio o cooperación prestado por el tutor en los actos del pupilo y debía ser prestada en el mismo acto, no era posible prestarla por carta ni tampoco con