

TUTELA Y CURATELA EN DERECHO ROMANO¹

Por

M.^a LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS
Universidad de Zaragoza

lmarmor@unizar.es

Revista General de Derecho Romano 35 (2020)

RESUMEN: En este trabajo se hace una revisión general de las instituciones tutelares romanas pensadas para hacer frente a la discapacidad en alguna de sus formas. Partiendo de la capacidad general de todo sujeto libre, ciudadano romano y sui iuris, los romanos idearon un sistema de protección y complemento de la capacidad para aquellos que la tuvieran limitada por distintos motivos (edad, sexo, enfermedad física y/o mental). En el ámbito de la menor edad optaron por la tutela, en el de la enfermedad mental por la curatela. Estas medidas coinciden con el modelo previsto en el Anteproyecto de ley de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de discapacidad de 2018, siguiendo las recomendaciones de la Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (Dicho anteproyecto ha entrado recientemente en el Congreso de los Diputados).

PALABRAS CLAVE: personas con discapacidad, tutela impuberum, tutela mulierum, cura furiosi, cura minorum, cura prodigi.

GUARDIANSHIP AND CURATORSHIP IN ROMAN LAW

ABSTRACT: His assignment consists of a general review of the Roman guardian institutions designed to deal with disability in some of its figures. Starting from the general capacity of every free subject, Roman citizen and sui iuris, the Romans devised a capacity protection and complement system for those who had it limited for different reasons (age, sex, physical and / or mental illness). In the field of minor age, they opted for guardianship whereas, in that of mental illness, for curatorship. These measures coincide with the model provided by the Draft Law to reform the Civil Code and by the Civil Procedure Law in disability matters of 2018, following the recommendations of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities held in New York on 13 December 2006 (Draft has recently entered the Congress of Deputies).

KEYWORDS: persons with disabilities, tutela impuberum, tutela mulierum, cura furiosi, cura minorum, cura prodigi.

¹ El artículo se enmarca en las actividades realizadas en el PID2019-105489RB-I00, Vulnerabilidad personal y patrimonial. Retos jurídicos, IIPP M^a Victoria Mayor del Hoyo / Sofía de Salas Murillo, dentro del grupo de Investigación consolidado *Ius familiae* de la Universidad de Zaragoza y el Gobierno de Aragón, dir. C. Martínez de Aguirre Aldaz.

I.INTRODUCCIÓN

Las condiciones de vida y las limitaciones jurídicas de las personas que padecen enfermedades físicas o mentales, han preocupado a nuestras sociedades desde los primeros tiempos. El término que engloba en la actualidad las distintas situaciones a que pueden dar lugar se denomina discapacidad, una experiencia más de la vida humana a la que el Derecho debe dar respuesta².

Las soluciones que dio el Derecho romano para hacer frente a esas realidades, fueron la tutela y la curatela. Dichas instituciones han resistido el paso del tiempo y evolucionado al ritmo de los cambios sociales y las distintas influencias. Aunque con variaciones, han llegado a nuestros días y están presentes prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, sean del *civil law* o del *common law*. Sin embargo, en las primeras décadas de nuestro siglo, debido a las nuevas corrientes imperantes transhumanistas, *queer*, etc³, que sostienen que gracias a los avances de la biotecnología y la robótica, en un futuro próximo será posible erradicar la enfermedad, la vejez y la discapacidad, algunos consideran que serán innecesarias esas antiguas instituciones.

La profesora M. Pereña⁴, siguiendo a Carbonnier⁵ y a una parte de la doctrina francesa, señala que todos los fenómenos jurídicos son sociales, y por tanto, en el tema de la discapacidad, como en muchos otros, han penetrado las teorías fundamentalistas sobre el Derecho muy presentes en las sociedades de nuestros días. Este fenómeno hace nacer artificialmente nuevos derechos que a su vez se reproducen. Así sucede con los derechos de igualdad y libertad individual. De esa manera aparece el derecho a contraer matrimonio pero también el derecho a no casarse, el derecho a ser padre o madre pero también el derecho a no tener hijos, el derecho a vivir pero también a morir, y

² Vid. la reciente monografía de Castán, 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 S.A., Madrid 2019.

³ Vid. Elósegui Itxaso, M., "Asimilacionismo, multiculturalismo, interculturalismo." *Claves de razón práctica* 74, 1997, pp. 24-33.

⁴ Pereña, M., Prólogo a Castán, S., *Discapacidad y Derecho romano*, pp. 11-20.

⁵ Carbonnier, J., "La sociologie juridique et son emploi en législation" (Communication à l'Académie des sciences morales et politiques le 23 octobre 1967, Paris), *L'Année sociologique*, 57, 2, 2007, pp. 393-401:

"La sociologie juridique, qui tend à se constituer en une branche distincte de la sociologie générale, se donne pour tâche scientifique d'observer et d'expliquer ces phénomènes sociaux que sont les phénomènes du droit. Phénomènes du droit, ce ne sont pas seulement les lois, les coutumes, les institutions, mais aussi les comportements que celles-ci déterminent dans la société; la sociologie ne se laissant pas aisément séparer de la psychologie sociale.

así también el derecho de las personas con discapacidad a tener una medida de apoyo o a no tenerla, etc.⁶

Mientras las sociedades avanzan, pero influidas quizá por esas tendencias e ideologías, en algunos ordenamientos se han abolido figuras como la tutela y la curatela sin que haya desaparecido la discapacidad. Ello es el resultado de los planteamientos, referidos más arriba, que, en su opinión, constituyen un ataque frontal a las instituciones clásicas de protección por considerarlas incompatibles con la nueva visión de la discapacidad que surge al pasar nuestras sociedades del paradigma médico o asistencial al social y que ahora cede a favor del paradigma de los derechos humanos. Los derechos humanos se convierten en el eje vertebrador de todo el sistema. Las instituciones jurídicas y sus estructuras científicas son sustituidas por declaraciones de derechos que conducen hacia una “fundamentalización” del Derecho, fenómeno que se advierte en toda Europa, que consiste en hacer pasar por derechos fundamentales opiniones políticas y posiciones personales en el debate sobre el rumbo de nuestros ordenamientos jurídicos y de nuestras sociedades, olvidando que el Derecho civil es el que garantiza nuestros derechos fundamentales⁷. Por ello, la discapacidad ha de tratarse y regularse esencialmente en el Derecho civil.

El ámbito de la discapacidad no escapa a esa tendencia; es uno de los campos en los que se produce con mayor intensidad este efecto, ya que esas personas han sufrido durante siglos la discriminación en muchos campos, persistiendo, incluso, en algunos ordenamientos actuales. Sin embargo, no hay que olvidar la realidad y la necesidad de apoyos a estas personas; para ellas el derecho ha previsto una serie de figuras cuyos orígenes se encuentran en nuestra tradición histórica.

Aunque ciertamente se hace necesaria una revisión de nuestro sistema jurídico, deberíamos valorar las instituciones existentes en nuestro ordenamiento para garantizar el ejercicio de los derechos de estas personas⁸. Reflexionar sobre si esas medidas son suficientes o excesivas, y si deberían suprimirse o modificarse. Pero en este último caso, y como en todo, cambiar para mejorar. No innovar por innovar despreciando lo que ya tenemos y funciona.

La Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España (BOE nº 96 y 97 de 21 y 22 de abril 2008), constituye, desde el punto de vista internacional, el momento clave hacia una nueva era en el tratamiento de la discapacidad, alejándose de épocas pasadas en las que la necesaria protección que

⁶ Vid. en relación con esa idea la nota 9.

⁷ Pereña, M., Prólogo a Castán, S., *Discapacidad y Derecho romano* cit., p. 13.

⁸ Pereña, M., *Ibidem*.

requerían era considerada como una limitación de sus derechos. La dignidad, la igualdad y la libertad de estas personas se convierten en el objetivo a alcanzar a través de todas las medidas que se adopten⁹.

Los cambios sociales, los avances en todos los campos de la Medicina, Psiquiatría, Psicología, Derecho etc., los tratamientos clínicos, y la percepción actual que se tiene sobre ellas (gozan de los mismos derechos que las que no tienen discapacidad) han obligado a revisar algunos planteamientos que se tenían sobre la discapacidad y a recomendar realizar una puesta al día de los ordenamientos jurídicos en torno a las figuras que tradicionalmente han existido para su guarda y protección: la tutela y la curatela.

Por otra parte, la jurisprudencia del TS ha venido aplicando la Convención desde que fue ratificada. Subrayando la vigencia del sistema del Código civil para la protección de las personas vulnerables, desde ese momento ha sugerido siempre una relectura de dicho sistema más acorde con los principios de la Convención.

Recientemente, la STS 124/2018, de 7 de marzo (ponente E. Baena) al abordar estas cuestiones, y teniendo en cuenta reiterada jurisprudencia anterior, considera en sus conclusiones "(...) es más favorable para la persona demandada, incapacitada parcialmente, la curatela en vez de la tutela. La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (...), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación de la Convención, por la curatela (...), desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de capacidad (...)".

Por tanto, partiendo del principio general de que todas las personas tienen capacidad jurídica, con independencia de que padezcan cualquier tipo de disfunción o enfermedad física o psíquica, se recomienda que para las personas que tienen limitadas sus

⁹ Sobre el cambio de paradigma que supuso la Convención en el tratamiento de las personas con discapacidad, vid. in extenso, Fernández de Buján, A., "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación", *Rev. ICADE*, Universidad Pontificia de Comillas, septiembre-diciembre 2011, pp.119-155. El planteamiento de los interrogantes y retos del próximo diseño del sistema, el análisis del posible derecho a no recibir apoyos o a prescindir de su contenido, y lo referente al mantenimiento de sistemas sustitutivos, como los actuales y su compatibilidad con la noción de apoyos, vid., De Salas, S., "Significado jurídico del "apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018, Doctrina, pp. 1-32 (p. 28).

capacidades, se establezcan mecanismos concretos de apoyo¹⁰ para la toma de decisiones en lo que concierne a su vida y relaciones patrimoniales.

Desde este punto de vista, la curatela parece ser el medio idóneo, dejando la tutela para los menores no sometidos a la patria potestad, y ese es el sentir del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 13 septiembre 2018 previsto por el legislador español, en trámite parlamentario la actualidad (Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020), por lo que si culmina, serán modificados los artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil reguladores de esta materia. Frente a la sentencia de incapacitación y la provisión de un tutor o un curador, según el sistema previsto en la ley 13 de 1983 que modificó esta materia en el ordenamiento español, se pasará a un sistema de apoyos individualizados, sin requerirse previamente una declaración de incapacidad¹¹.

El planteamiento referido es muy interesante, pues en la Exposición de Motivos del Proyecto, la voluntad de la persona protegida debe convertirse en el principio inspirador de las medidas de protección y en el criterio que debe seguir el juez en su intervención y la persona que desempeñe la función de apoyo. Además, al reservar la tutela para los menores, y la curatela como medida de apoyo para todos los demás supuestos de falta de capacidad de obrar, siguiendo las recomendaciones de la Convención de Naciones Unidas, el legislador (quizá no lo sepa), en realidad está enlazando con la regulación que tenía esta materia en el Derecho romano, constatándose lo que el Profesor Fernández de Buján ha expresado magistralmente a través de sus obras, y es que el estudio del Derecho privado romano constituye no solo un elemento indispensable para valorar la historicidad del derecho, sino que también se configura como un instrumento necesario para entender el derecho vigente y para ayudar a la construcción del derecho privado europeo.

Examinemos pues, las posibilidades que otorga el Derecho romano para hacer frente a estas situaciones y proteger a estas personas.

¹⁰ Para el significado jurídico de las medidas de apoyo, vid., De Salas, S., "Significado jurídico del "apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención", cit., pp. 5-10.

¹¹ Vid. la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 13 septiembre 2018, *Revista de Derecho Civil* vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, Documenta, pp. 247-31. Recover Balboa, T., "Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad", en *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia* (García Garnica y Rojo Álvarez-Manzaneda, coords.), Dykinson, 2014, p. 26 ss.

II. PANORÁMICA GENERAL DE LA DISCAPACIDAD EN ROMA

Los enfermos en general, y la enfermedad mental en particular, han despertado desde siempre reacciones muy contradictorias en los seres humanos, donde se mezclan sentimientos de compasión y de rechazo.

La aversión hacia las personas con discapacidad fue una constante en la Antigüedad que solo fue suavizándose con la aparición del cristianismo. Fueron entonces las órdenes religiosas las que acogieron a las personas que presentaban signos evidentes de limitación de sus facultades, físicas, sobre todo, pero también mentales.

Desde el principio los romanos utilizaron términos diferentes para referirse a las distintas situaciones que nosotros englobamos en el genérico “discapacidad”.

La discapacidad ha venido siendo asociada con la pobreza, y sin estar vinculada a la misma, es cierto que su tratamiento fue distinto dependiendo del nivel social o del estatus en el que la persona se encontrara, produciendo rechazo cuando no burla, aunque también compasión.

Aunque los juristas y filósofos romanos emplearon conceptos como *humanitas*, *clementia*, *pietas*, *indulgencia*, etc., que vendrían a estar identificados con valores morales y principios éticos propios de la Antigüedad, no puede sostenerse, en opinión de Castán, la existencia en el Derecho romano de una categoría similar a la de los derechos humanos, tal y como la entendemos hoy, cuyo origen estaría en la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948¹², sin olvidar que el germen de estas ideas se encontraba ya en las desarrolladas por Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca¹³. Como señala el autor, tampoco encontramos en Roma una protección de la vida, la libertad o la dignidad humanas tal y como sucede en casi todos los ordenamientos jurídicos actuales¹⁴.

La consideración de las personas con discapacidad se ve reflejada en las fuentes, así como el reconocimiento de las figuras convenientes para su cuidado y el de su patrimonio, que fueron entendidas como una carga (*munus*):

D. 50.4.1.4 (Hermog.1 Ep.) “Es igualmente cargo personal la tutela, la curatela del adulto o del furioso, asimismo del pródigo, del mudo, y también del que está en el claustro materno, e igualmente el cargo de prestar comida, bebida, habitación, y otras cosas semejantes (...)”.

¹² Castán, S., *Discapacidad y derecho*, cit., p. 39.

¹³ Bretón Mora, C., “Los derechos humanos en Francisco de Vitoria”, *En-claves del pensamiento* 7,14, 2013, pp. 35-62; Peces-Barba, G., et al., *Historia de los derechos fundamentales*, I. Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 1992, p. 509 ss.

¹⁴ Castán, S., *Ibidem*.

La terminología empleada por los antiguos para nombrar a los enfermos mentales ha sido estudiada a partir de la distinción que hace Gayo en sus *Instituciones* (*furiosus*, *mentecaptus*), y aparecía en las XII Tablas, siendo posteriormente recogida por Justiniano¹⁵; venía atribuyendo para el *furiosus* la figura del curator (*cura furiosi*), y para el *mentecaptus* la del *curator debiliū personarum*:

I.J.1.23.4: *Sed et mente captis et surdis et mutis et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.*

“Mas también ha de darse curadores a los mentecatos, a los sordos, a los mudos, y a los que padecen por enfermedad incurable, porque no pueden bastarse para sus asuntos”.

El *furiosus*, según Gayo, sería el discapacitado psíquico (enfermo mental); el *mentecaptus*, el débil mental, incluyéndose en esa categoría los sordos y los mudos.

Partiendo igualmente de las fuentes, romanistas como Lanza o Rizelli¹⁶, han advertido también la distinción entre la enfermedad mental (*insania*) y la locura (*folia*), y entre la enfermedad mental (*morbus santicus*) y los defectos del carácter (*vitium*), sobre todo a propósito de la compra-venta de esclavos, llegando a la consideración de que la preocupación por dichas cuestiones vino a ser desarrollada por los juristas, no por cuestiones humanitarias, sino a propósito de las distintas consecuencias que se derivaban de la venta de un esclavo defectuoso. Así, si conociendo el vendedor la circunstancia de que el esclavo padeciera una enfermedad mental que le imposibilitara para el desempeño de las funciones a que iba a ser destinado, no siendo advertido el comprador, la compra-venta se consideraba que no habría tenido lugar; pero si el vendedor no conocía tal circunstancia, podía rebajar el precio. Igual sucedía cuando se tratase de un grave defecto del carácter. Para hacer frente a esas y otras circunstancias, el edicto de los ediles curules prometía una acción rescisoria o una acción redhibitoria por la que se obtenía la devolución del precio entregado, y la *actio quanti minoris* que propiciaba una rebaja del mismo, entendiéndose realizada la venta (D. 21.1.9; D. 21.1.3; D. 21.1.1.9-11; D. 21.1.4.3)¹⁷.

¹⁵ Ha sido estudiada por diversos autores entre los que destacan Audibert, Diliberto, Nardi o Solazzi.

¹⁶ Lanza, C., “Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di diritto classico”, *BIDR* 90, 1987, pp. 516 ss. Rizelli, G., *Modelli di follia nella cultura dei giuristi romani*, Lecce, 2014.

¹⁷ Una visión de las condiciones de vida a que estaban sometidos los esclavos puede verse en Thébert, I., “El esclavo” en *El hombre romano*, Giardina, A., ed., Madrid, 1991, pp. 192 ss. Sobre *morbus* y *vitium* también Gel., *NA*, 4,2,13.

El tratamiento dispensado por la Medicina en tiempos antiguos a la locura, considerada como enfermedad mental, ha merecido la atención de muchos autores¹⁸. La necesaria relación entre la Medicina y el Derecho, dos ciencias obligadas a entenderse¹⁹, se ha establecido de manera muy importante en los últimos tiempos, hasta el punto que a la hora de considerar los jueces la conveniencia o no de dictar sentencia de incapacitación²⁰ acuden a especialistas de la medicina y de otras ciencias. Ciertamente a la Medicina siempre le ha interesado el tema de la enfermedad tanto física como psíquica, intentando paliarla en los tiempos antiguos con los recursos y remedios de que disponía, teniendo en cuenta los escasos conocimientos que se tenían entonces sobre la anatomía, fisiología o psiquiatría del ser humano, y pesando mucho los condicionamientos religiosos a la hora de su consideración. La enfermedad se consideraba para el que la padecía, un castigo de los dioses por haberles ofendido, y perseguía al autor de la ofensa y a sus descendientes²¹, como consta en numerosas fuentes literarias²².

La enfermedad, y sobre todo la enfermedad mental, se halla en el centro del discurso sobre la capacidad para el ejercicio de los derechos subjetivos, en todos los ordenamientos²³. La razón está en que la ausencia de voluntad que se presupone en

¹⁸ Audibert, A., *Etudes sur l'Histoire du Droit Romain I, La folie et la prodigalité en droit romain*, París, 1892, Appleton, C., "Le fou et le prodigue en droit roman", *RGD*, 17, 1893, p. 136 ss y 232 ss. Solazzi, S., "Furiosus vel demens" en *Scritti di Diritto Romano II* (1947 a 1950), Napoli, 1972, pp. 361 a 369, Nardi, E., *Squilibrio y deficiencia mentales in diritto romano*, Milano, 1983, Diliberto, O., *Studi sulle origini della "cura furiosi"*, Ed. Jovene, Napoli, 1984; Martínez de Morentin, L., "De la cura furiosi en las XII Tablas a la protección del discapacitado psíquico en el ordenamiento español", *ADC*, 2004, pp. 755-825=*RGDR*, 4, 2005, pp. 1-66.

¹⁹ Véase Cabrera, J. / Fuertes, J.C., *Psiquiatría y Derecho. Dos ciencias obligadas a entenderse* (Manual de Psiquiatría forense), Madrid 1997.

²⁰ Según el sistema previsto en nuestro ordenamiento tras la reforma llevada a cabo por la ley 13/1983 de 24 de octubre, que requería la previa sentencia de incapacitación para proveer la adecuada institución de guarda a la persona. Está prevista su desaparición, así como el cambio de la terminología empleada al referirse a estas personas (discapaces) y a las medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad, todo ello siguiendo a la Convención de Naciones Unidas. Vid. el Proyecto de Ley referido (BO Cortes Generales 17 de julio 2020 núm. 27/1).

²¹ El planteamiento teórico de la enfermedad mental ha evolucionado históricamente estando los primeros intentos de su explicación basados en la influencia maligna que otros seres, humanos o sobrenaturales ejercían sobre el individuo. En los pueblos primitivos no se distinguía entre las enfermedades del espíritu y del cuerpo, de la misma manera que no había una distinción clara entre medicina, magia y religión; vid. extensamente Martínez de Morentin, L., "De la cura furiosi en las XII Tablas a la protección del disminuido psíquico en el derecho actual", cit., pp.760 ss.

²² En el Deuteronomio locura y ceguera aparecen como "castigos de Dios". Plutarco se refiere al poseído, necesitado de exorcismo, como "loco de atar" (Men., 890 ss.).

²³ La diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, ha estado siempre presente en nuestra tradición romanística aunque dichos términos fueron acuñados por la *Pandectística*, vid., Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., Madrid 2016, pp.187 ss. Al primero se refiere como "poder de titularidad" al segundo como "poder de ejercicio".

quien la padece, constituye un obstáculo para la realización de los negocios jurídicos. De la misma manera sucedía en el derecho romano.

El jurista Javoleno, siguiendo a Casio, identifica *morbis soticus* como el estado de ánimo o enfermedad impeditiva para cualquier actividad o trabajo por parte del ser humano, llamado por eso “enfermo”

D. 50.16.113: “Es enfermedad sótica la que perjudica para toda cosa”.

Nardi, en su obra *Squilibrio e defidenza mentale in Diritto romano*²⁴, recoge hasta 296 textos de las fuentes que se ocupan de la discapacidad psíquica y sus efectos en la capacidad del individuo. Plinio relata (*NH*, 29. 7. 14) que en época de Catón los médicos griegos despertaban escasa simpatía en la sociedad de la época²⁵. El mismo Catón, refería remedios caseros para curar diversas dolencias²⁶. Por su parte Cicerón cuenta en sus obras que la medicina y los médicos griegos eran muy valorados y remunerados sus servicios, salvo que fuesen libertos y estuvieron ligados a sus antiguos dueños por el derecho de patronato²⁷. Las personas que ejercían dicha profesión fueron beneficiadas en algunos casos por los emperadores²⁸ y eximidas de la realización de ciertos *munera*²⁹.

²⁴ Nardi, E., *Squilibrio e defidenza mentale in diritto romano*, cit., pp. 4-18.

²⁵ Las razones de la desconfianza hacia los médicos y la profesionalización de dicha actividad son señaladas por Agudo, A., “Los privilegios de los médicos en el Derecho romano”, *Ius fugit*, 8-9, 1999-2000, pp. 205-271, en concreto pp. 216 ss.

²⁶ Catón, *De Agric.*, 157. A propósito de la literatura científico-técnica en la que se incluye esta obra, vid. Paniagua, D., *El panorama literario técnico-científico en Roma (siglos I-II d.C.)*. “*El docere et delectare*”, Salamanca 2006.

²⁷ Cic., *Tusc.*, 3.1.1. Aunque la creencia del origen sobrenatural de algunas enfermedades seguía estando presente, la medicina griega supuso un gran avance en sus planteamientos, dando entrada a consideraciones científicas y racionales; algunos de ellos, e incluso terminología, han llegado a nuestros días (vid. Cabrera/Fuertes, *Psiquiatría y Derecho*, cit., pp. 497-509). Vid. *Obras de Hipócrates*, a cura di Vegeti, *Morbo sacro* 1, 2, 5, 6, Torino, 1976, pp. 297 ss.; Porot, A., *Diccionario de Psiquiatría*, Barcelona 1977. Galeno (130-200 d.C.) fue el que más influyó en la medicina de la época sobre el tratamiento de la locura y su posible cura. Sigue siendo clásica la obra de Farrington, B., *Science and Politics in the Ancient World*, London, 1946 (ed. Routledge 2016).

²⁸ Vid. Fernández de Buján, “La legislación de Augusto”, *Hispania en tiempos de Augusto, Gerión*, vol. 35, núm. Extra. 2017, pp. 87-104: “César concedió la ciudadanía en un caso (Suet., *Iul.* 42); Orosio, *Hist. Mundi*, cuenta la expulsión de Roma en el 10 a.C. de todos los extranjeros menos los médicos que fuesen libres; Dio. Cas., se refiere a un caso en que Augusto exime del pago de todo tributo a un médico oriental, Antonio Musa, que lo había curado de una grave dolencia y extiende el privilegio a todos los que practicasen esa profesión”. Vid. extensamente Agudo, A., “Los privilegios de los médicos en el Derecho romano”, cit., pp. 224 ss.

²⁹ Vid. C.10.52.1: “Puesto que dices que eres médico de la segunda legión auxiliar, no serás obligado a aceptar cargos civiles mientras estuvieres ausente por causa de la república. Mas cuando dejares de estar ausente, después de finida la vacación concedida por este motivo legal, utilizarás esta inmunidad, si estás en el número de aquellos a quienes pertenecen los beneficios concedidos a los médicos”; C.10.52.6: “Mandamos que los médicos, y principalmente los médicos

III. CONSIDERACIONES SOCIALES Y JURÍDICAS DE LA DISCAPACIDAD

Es posible diferenciar la discapacidad física (sensorial) y psíquica (mental), así como las malformaciones físicas, según fueran de nacimiento o adquiridas con posterioridad. En el segundo caso se puede diferenciar entre las producidas en los primeros años de vida y aquellas producidas en otros momentos, como por ejemplo, las que son resultado de la edad. Así se da entrada a la vejez como circunstancia atenuadora o limitadora de la capacidad de obrar de algunas personas por razón de la edad.

La vejez es un momento vital propicio para sufrir enfermedades físicas y deterioro cognitivo³⁰ que imposibilitan el normal desarrollo de las capacidades mentales y, por tanto, podría dificultar el normal desarrollo de algunos negocios jurídicos, e incluso presumirse la invalidez de los mismos por faltar alguno de los elementos esenciales requeridos para su realización. La vejez viene a ser equiparada por algunos autores como situación similar a la niñez³¹; otros la consideran en ocasiones como cercana a la discapacidad³².

Al estudiar las enfermedades y discapacidades de la infancia hay que tener en cuenta los aspectos relativos al nacimiento de la persona³³ y a su reconocimiento e inserción en la propia familia romana³⁴. Ello entraña el ejercicio del *ius vitae et necis* por el *paterfamilias* y su levantamiento del suelo alzándolo ante todos (*tollere*), reconociendo su legitimidad, lo que supone su incorporación a la vida y a la familia. Pero su vida aún corre peligro pues el *paterfamilias* puede ejercitar el *ius exponendi*³⁵ y abandonarlo.

o los ex médicos de cámara, los gramáticos y los demás profesores de letras y los doctores, estén inmunes de toda función y de todos los cargos civiles o públicos, juntamente con sus mujeres e hijos, y también con los bienes, que poseen en sus ciudades, y que ni en las provincias reciban alojados, ni desempeñen cargo alguno, ni sean llevados a juicio, o exhibidos, o soporten injuria, de suerte que, si alguno los hubiere vejado, sea castigado con pena a arbitrio del juez. Mandamos que también se les den retribuciones y salarios, para que más fácilmente instruyan a muchos en los estudios liberales y en las mencionadas artes". Vid. Agudo, A., "Los privilegios de los médicos en el Derecho romano", cit., pp. 224 ss.

³⁰ Vid. Plin., *NH*, 7.50.

³¹ Vid. González Porras, J.M., "El anciano discapacitado e incapacitado: de la tutela familiar a la tutela judicial en el Código civil", *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, 2009, nº 156, p. 299-312.

³² Vid. García Cantero, G., "La senectud ¿Estado civil?", *XVII Jornadas Ius familiae*, Universidad de Zaragoza, 2018, 10 pp.

³³ Vid. Fernández Baquero, E., "Nacimiento de la persona: pasado y presente", *Foro Nueva época*, 16/2, 2013, pp. 139 ss.

³⁴ Los requisitos del nacimiento: forma humana y vivir 24 horas desprendido del seno materno en Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 189 ss.; D.25.4.1; D.50.16.129; C.6.29.3; D.1.5.14.

³⁵ El *ius exponendi*, aunque reprobado moralmente por Augusto (Dio. Cas., *Hist. Rom.*, 56,5,2), se mantuvo hasta el año 331 d.C. en que fue prohibido por Constantino (CTh. 5. 9. 1). Vid. Lorenzi, C., "Esposizioni e politica costantiniana", *Riv. di Dir. Rom.*, 18, 2018, p. 4.

Consintiendo que se mantenga con vida y no siendo abandonado, tras realizar una ceremonia de purificación, coincidente con la caída del cordón umbilical, el individuo pasa a formar parte de la familia.

En el ejercicio de las facultades antes referidas, pesará en el ánimo del *paterfamilias* la circunstancia de que el recién nacido tenga algún defecto o malformación física visible. Si así ocurriera, tendrá muchas posibilidades de no conservar la vida y aun conservándola, de no ser alzado ni reconocido como procreado en *iustas nuptias* (legitimado)³⁶, siendo expuesto en algún lugar; muriendo a la intemperie o siendo recogido por alguna persona que lo tratará como esclavo, aunque fuera libre su condición, tal y como señala una constitución del 529:

C.1.4.24: “Queremos que a nadie sea lícito reivindicar para su dominio, a título ya sea de dominio, ya de la condición de adscripto, o de colono, a un niño, ora este niño pequeño haya sido expuesto procreado por padres ingenuos, ora de progenie libertina, ora manchado con la condición servil. Y a los que para criarlos los tomaren a su cargo, no les concedemos en absoluto, sin distinción alguna, licencia para que se los apropien. Sino que no estableciéndose diferencia alguna, sean considerados como libres e ingenuos los que por tales personas han sido educados, alimentados o desarrollados, y adquieran para sí, y trasmitan a sus descendientes o herederos extraños todo lo que hubieren tenido, del modo que quisieren; debiendo observar estas disposiciones no solo los presidentes de las provincias, sino también los religiosísimos obispos”.

Sin embargo, una vez nacido y aceptado, no se convierte automáticamente en sujeto de derecho. Para ello, además de ser varón, deberá darse la triple condición de ser libre, ciudadano romano, y *sui iuris*.

Las dos primeras circunstancias puede reunir las desde su nacimiento pero la tercera solo la adquirirá cuando sea independiente (*sui*), cabeza de su propia familia. Hasta ese momento estará sometido a la patria potestad de su padre. Muriendo éste, si es menor, se verá sometido a tutela (*tutela impuberum*). Llegada la mayoría de edad, a curatela (*cura minorum*)³⁷.

³⁶ Sobre el *tollere liberum* y la presunción de legitimidad véase ampliamente Martínez de Morentin, L., “Evolución histórica de las presunciones dos ejemplos: la presunción de paternidad y la presunción muciana”, *RGDR*, 5, 2005, p. 27 ss. con cita de la bibliografía italiana más relevante.

³⁷ El criterio se refiere al varón mayor de 14 años pues la mujer no sometida a patria potestad o a la *manus* del marido, siempre estaba sometida a tutela; siendo menor de edad, *tutela impuberum*; a partir de los 12 años, *tutela mulierum*, de la que se eximían las que habían sido madres de cuatro hijos, o tres si eran libertas, y que acabó por desaparecer en época postclásica; como señala Bonfante, P., *Corso I*, Milano 1963, pp. 551 ss., la historia de la tutela de la mujer, es

El nacido que presentaba malformaciones físicas graves, considerado por ello como un castigo de los dioses que atraía desgracias para la comunidad, podía ser sacrificado.

Con los términos *prodigium*, *monstrum*, *portentum*, se aludía al nacido sin figura humana, unas veces por graves deformidades corporales, otras por poseer más o menos miembros de los normales, etc. Esos “seres” eran sacrificados porque inspiraban terror, como recuerdan Cicerón, Livio o Tácito, o expuestos según narra Dionisio de Halicarnaso (*Antig. Rom.*,7,68,1). Igualmente refiere Séneca (*Controv.*,9.3; 10.4), en su tiempo, aunque seguían justificándose dichos sacrificios, normalmente eran abandonados por sus padres.

Si bien las personas ciegas, sordas y mudas de nacimiento, así como las que tenían alguna discapacidad psíquica, no estaban consideradas criaturas monstruosas, sin embargo, en el ejercicio de la patria potestad por el *paterfamilias*, también podían sufrir la muerte o ser expuestas. Si continuaba su existencia, el problema vendría después, una vez percibida su incapacidad para ver, oír, hablar o entender, pues habría que determinar el tipo de educación que iba a recibir, siempre, que se tratara de una persona nacida en el seno de una familia acomodada, pues en otro caso, su destino sería la pobreza y la exclusión social³⁸. En todo caso, no le esperaba una vida sencilla, como sabemos³⁹. Las fuentes literarias ponen de manifiesto que ante las discapacidades sensoriales de su hijo, y puesto que éste no podría dedicarse en el futuro a la vida pública, el *paterfamilias* podría dotarle de algún tipo de instrucción si fuera posible⁴⁰.

IV. INSTITUCIONES TUTELARES ROMANAS

La tutela y la curatela fueron las instituciones previstas para salvaguardar los intereses de las personas que tuviesen limitada su capacidad de obrar por distintos motivos⁴¹.

la historia de la desaparición de la tutela de la mujer. Vid., Sanz Martín, L., *La tutela del Código civil y su antecedente histórico. La tutela romana*, Madrid, 1998.

³⁸ Vid. su situación en Whittaker, R., “El pobre” en *El hombre romano* cit., pp. 331 ss.

³⁹ La bibliografía sobre el tema es extensa, vid. Castán, S., *Discapacidad y Derecho romano*, cit., p. 111, nota 128. Sobre la falta del habla, del oído y de la vista, y la posibilidad del ejercicio de los derechos subjetivos de estas personas, vid. extensamente pp. 223-263 de la misma obra.

⁴⁰ Aunque tampoco faltan excepciones para la vida pública (Suet. *Claud.* 2.1; 3.1; 4.1), así sucedió con Claudio, que a pesar de esas circunstancias, fue promocionado dos veces al cargo de cónsul y llegó a ser emperador, vid., Laes, Ch., “Silent History? Speech Impairment in Roman Antiquity”, *Disabilities in Roman Antiquity. Disparate Bodies A Capite ad Calcem* (Laes, Ch., Goodey, C.F., Rose, M.L., eds.), Leyden-Boston 2013.

⁴¹ Dicha terminología no es romana sino creación de la dogmática alemana. Sobre capacidad jurídica y capacidad de obrar vid. Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 203 ss.; Álvarez Suárez, U., *Instituciones de Derecho romano*, I, Madrid, 1973; Tafaro, S., *Ius hominum causa constitutum. Un derecho a medida del hombre*, trad. J.M. Piquer, Madrid, 2104, pp. 51 ss. Para el estudio del Derecho español, Lacruz, J.L., *Elementos de Derecho civil* I, 2 nueva ed.

Si bien existen grandes diferencias entre el derecho romano y los ordenamientos actuales, subsisten ambas figuras hasta el momento⁴².

Los efectos de ambas instituciones recaen sobre aquellas personas *sui iuris*, por tanto no sometidas a la patria potestad, que se ven necesitadas de protección⁴³.

Frente a la capacidad general de la que disfrutaban los ciudadanos romanos varones, libres e independientes, en las fuentes aparecen reiteradamente una serie de causas limitadoras de la capacidad de obrar de las personas⁴⁴: la edad, la enfermedad o la prodigalidad.

Al menor se verá equiparado el enfermo mental por su vulnerabilidad⁴⁵, pues como dice Gayo (3.109):

(...) nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt.

“...el niño que no habla o que apenas ha empezado a hablar no se diferencia mucho del loco”.

Por otra parte:

Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat

“El loco no puede realizar ningún negocio pues no entiende lo que hace” (G. 3.106).

puesta al día por Delgado, J., 3ª ed., Madrid 2002, pp. 1-23. Martínez de Aguirre, C./De Pablo, P., *Curso de Derecho civil: Derecho privado, derecho de la persona*, 1, 11ª ed, Colex, 2012. El análisis del problema sobre la terminología (capacidad legal, capacidad jurídica y de obrar), en la Convención y el Derecho español, en Martínez de Aguirre, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 69 y ss.

⁴² Un resumen de las vicisitudes de las instituciones de guarda en nuestro ordenamiento en González Porras, J.M., “El anciano discapacitado e incapacitado: de la tutela familiar a la tutela judicial en el Código civil”, cit. p. 309, considera el autor que “los modelos de tutela del pasado siglo XX están superados y por tanto en buena parte la reforma del Código civil de 1983. La legislación codificada es excesivamente rígida para solucionar los muchos problemas de los discapacitados, cualquiera que sea su causa, en la sociedad actual, pues algunos de sus planteamientos son atentatorios a los derechos de la persona del tutelado”. En la actualidad se halla pendiente su modificación, vid. el *Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, de 13 de septiembre 2018 cit.

⁴³ Solazzi, S., *Instituti tutelari*, Napoli, 1929. Para profundizar en la situación previa a la reforma de 1983, vid., Sancho Rebullida, *Tutela e instituciones afines*, tomo III, *El nuevo régimen de la familia* VVAA (Lacruz, Sancho Rebullida, Luna, Delgado, Rivero Hernández), Barcelona 1983, pp. 48 ss.; García Cantero, G., “Notas sobre la curatela” en *Revista de Derecho Privado (RDP)* sept. 1-1984, p. 802 ss. Para el derecho histórico (Ley XIII, partida VI), que no difiere del romano, vid. Mouton y Ocampo, *Voz Curatela en Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Edit., T. VI, Barcelona, 1954, pp. 168 ss.

⁴⁴ Vid. Fernández de Buján, *Derecho privado romano*, cit., pp. 203-214.

⁴⁵ Una perspectiva del derecho actual en Mayor del Hoyo, M.V., “La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2014, n.º 2173.

Pero a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento actual, la situación del “discapaz” no era una situación jurídico administrativa permanente, objeto de una sentencia judicial que lo determinaba, sino la constatación del hecho de que ciertas personas encontraban dificultad para gobernarse por si mismas, debido a su edad, condición física o mental u otra situación asimilada (como era la prodigalidad), de ahí la necesidad de una respuesta del Derecho⁴⁶. Como pone de relieve N. Coch⁴⁷, “la flexibilidad o “elasticidad” propia del casuismo romano permitió ajustar el tratamiento al supuesto concreto”; este parece ser el sentido de la opinión de Schulz cuando señala que “el derecho tutelar romano fue humano, liberal y nada burocrático”⁴⁸.

Los juristas equipararon el tratamiento jurídico de infantes, sordos, mudos y *furiosi*, aunque el motivo de la discapacidad fuera diverso; consideraban que, en los casos referidos, se producía un mismo efecto: la imposibilidad de expresarse dichas personas o de conocerse la voluntad de las mismas, claro está, por causas distintas.

Los términos que describen las instituciones tutelares giran en torno a la idea de protección y cuidado: tutela, curatela⁴⁹, y tienen un contenido amplio, tanto de derecho público como privado, protegiendo no solo intereses individuales sino colectivos o familiares⁵⁰.

Las curatelas del derecho público, junto a las prefecturas, surgieron oficialmente en época augústea y tuvieron mucha importancia en la carrera política durante el principado⁵¹ una vez consolidado el cambio de régimen político y la pérdida de poder de las magistraturas tradicionales, especialmente el consulado, tribunado y censura. Se trataba de curatelas o funciones referidas al cuidado y administración de las cosas públicas (*cura aquarum*, *cura annonae*, *cura viae*, etc.), ejercidas por un magistrado,

⁴⁶ Tafaro, S., *Ius hominum causa constitutum*, cit., pp. 118 ss.

⁴⁷ Coch, N., “Modificación de la capacidad de obrar: los casos del *furiosus* y el *prodigus* de las XII Tablas a la convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *RGDR* 30, 2018, p. 28.

⁴⁸ Schulz, F., *Derecho romano clásico*, trad. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960, p. 154. Salvo la tutela de la mujer, que no puede entenderse sino desde los condicionamientos a que estaba sometida en aquella sociedad.

⁴⁹ Vid. Guzmán Brito, A., *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona 1976, pp. 76 ss.; Archi, G., voz Curatela (Dir. Rom.), *ED*, 12, Varese 1964, pp. 930-955; Grelle, F., voz Cura (Dir. Rom.), *NNDI*, vol V, Torino, 1975, p. 47.

⁵⁰ Sitzia, F., voz Curatela, *NNDI*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 918. Stevenson, G.H., Voz Curator, *Oxford Class. Dictionary*, 1949, p. 245 ss.

⁵¹ Varela, C., *El estatuto jurídico del empleado público*, Madrid, 2007, p. 390 ss.

cuya designación era siempre legal o pública⁵², pero a ellas no vamos a referirnos. El término curatela hace referencia, de manera general, al cuidado sobre algo⁵³.

La tutela y curatela que aparecen nombradas en las XII Tablas se refieren al ámbito familiar, y están relacionadas con el cuidado de las personas necesitadas de protección y de sus patrimonios.

Las XII Tablas prevenían que, en caso de no haber sido nombrados en testamento, se procediera a nombrar tutores (o curadores), en primer lugar a los agnados más próximos, en su defecto a miembros de la *gens*, (T.VI). Como recuerda Gayo:

G.1.155: “De aquellos a quienes no fuera dado tener tutor en testamento son tutores, según la Ley de las XII Tablas, los parientes agnaticios, los cuales son llamados tutores legítimos”.

De esa manera la intervención de tutores y curadores aseguraba la validez de los negocios realizados por *furiosí*, pródigos, infantes, menores de veinticinco años, mujeres púberes *sui iuris*, sordos, mudos y sordomudos. Sin embargo, las fuentes recogen numerosos ejemplos de pupilos y mujeres sin tutor en determinados momentos, seguramente por carecer de parientes gentilicios. En estos casos, el pretor nombraba tutor o curador al que lo necesitase⁵⁴.

La tutela⁵⁵ aparece definida por Servio en un conocido pasaje del Digesto, seguramente interpolado (pues solo se refiere a la de los impúberes y omite la *tutela mulierum* existente todavía en época clásica, pero no en época justiniana) que dice así:

D.26.1.1 pr. (Paul. 38 ad ed.): “La tutela es, como define Servio, un poder y potestad sobre persona libre que permite y otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por si mismo”.

Quizá debido a la amplitud del término curatela, pues como hemos visto hace referencia también al ámbito de lo público, no se encuentra una definición similar en las fuentes⁵⁶.

⁵² Por ejemplo en el nombramiento de Frontino por el emperador Nerva para el desempeño de la función de *curator aquarum* en el año 97 d.C. (Front., *De aquaed.*).

⁵³ Vid. otras curatelas: *curator ventris*, *curator bonorum*, etc., Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, cit., p. 213. García Garrido, M.J., *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Reimp. 3ª ed., Madrid, 1990.

⁵⁴ Vid., Solazzi, S., “Agnati” en *Scritti* 5, Napoli, 1972, pp. 261 ss. Sanz, *La tutela del Código civil y su antecedente histórico*, cit.; Panero, P., “La datio tutoris en la lex Irnitana”, cap. 29, *AHDE*, 81, 2011. La disposición más antigua al respecto es la *lex Atilia de tutore dando* (c. 187 a.C.).

⁵⁵ Un elenco de estudios sobre la tutela en Bonfante, *Corso*, I, cit., p. 551, nota a pie; Solazzi, S., *Scritti*, I y II, Napoli 1955 y 1957; Perozzi, S., *Scritti* III, Milano 1948; Rudorff, F., *Das Vormundschaftsrechts* I-III, Berlin, 1921-1934.

La *lex Atilia de tutore dando* convierte el cargo de tutor y curador en una obligación, un deber jurídico, tal y como señala el fragmento de Hermogeniano en D. 50.4.1.4 que recordamos:

“También es carga personal la de ejercer la tutela, la curatela de un menor o de un loco, o la de un pródigo, un mudo (...)”.

Los actos realizados por los tutores (y curadores) tienen una enorme dimensión social que trasciende lo meramente privado, por lo que se ven sometidos a un riguroso control para evitar posibles fraudes y abusos en el patrimonio del pupilo.

1. La tutela del menor

Señala Randazzo que la tutela del menor “no obstante el gran número de textos romanos dedicados a ella, se trata de una institución que presenta todavía hoy espacios oscuros”⁵⁷; sin embargo se encuentra ya en las XII Tablas relacionada con la protección del menor y de su patrimonio, por lo que su origen estaría en las *Mores Maiorum*. A. Gelio (*NA*, 5,13,1-2) decía que la tutela del menor era una institución de larga tradición histórica para los romanos y constituía una de las principales obligaciones del ciudadano romano derivadas del *officium*. La persona sobre la que recae es llamada pupilo. Sobre él dice Pomponio:

D. 50.16.239: “Es pupilo el que, siendo impúbero, dejó de estar bajo la potestad de su padre o por muerte de éste, o por la emancipación”.

En la sociedad arcaica la distinción entre los intereses del individuo y los del grupo familiar debieron resultar imperceptibles, y el régimen de solidaridad familiar habría evitado la malversación del patrimonio del pupilo por parte del tutor, siendo castigada la mera sospecha de su lesión, en las XII Tablas, a través de la *accusatio suspecti tutoris*⁵⁸, si se trataba del tutor testamentario, y de la *actio rationibus distrahendis* si del tutor legítimo. La *actio rationibus distrahendis*⁵⁹, era una acción pública que condenaba al

⁵⁶ “Curaciones” es la denominación dada por Diliberto, O., *Studi*, cit., p. 107; para el autor “es difícil encontrar una definición acorde con una institución que ha estado provista en todo momento de un tremendo dinamismo”.

⁵⁷ Randazzo, S., “Prefacio” a la obra de Spina, A., *I volti della fides e la tutela impuberum. Dal tutor suspectus al falsus tutor*, Aracne ed., 2018, pp. 10-17.

⁵⁸ D.26.10.1.2 Ulp.: “Es sabido que el delito del tutor testamentario sospechoso (*crimen suspecti tutoris*) tiene su origen en las XII tablas” (Tabla 8. 20a).

⁵⁹ D.26.7.55.1 Trifon.: “Si los tutores (legítimos) robaren una cosa del pupilo, consideremos si por esta acción podrán ser demandados por la Ley de las XII tablas, de modo que se castiga al duplo a cada uno de ellos” (tabla 8. 20b). Vid. Solazzi, S., “Sull’actio rationibus distrahendis”, *Scritti* II, pp. 201-210.

doble del valor de los bienes sustraídos al impúber, a ejemplo de la *actio furti nec manifesti*.

Se duda si en época clásica la *accusatio suspecti tutoris* se realizaría a través de una *cognitio* y la sanción probablemente era la remoción del tutor con efectos infamantes, o si la *remotio* se admitiría sin haber sido precedida de la *accusatio*, y por lo tanto fueron figuras independientes⁶⁰.

El pretor, en su edicto, conservó el carácter público de la acción.

La vertiente iuspublicista de la tutela queda consagrada en el Digesto en el libro 26 que dedica un título entero, el 10, a estas cuestiones (*De suspectis tutoribus et curatoribus*), prueba de la atención general que el derecho público prestó al pupilo, y la importancia del vínculo existente entre éste y su tutor.

Con Justiniano la antigua acción fue modificada en una doble dirección: por un lado dejó de ser considerada dicha conducta entre los *crimina* (delitos públicos), pasando a ser incluida entre los ilícitos privados, y por otro se ampliaron las conductas realizadas por el tutor consideradas como sospechosas. Así, por ejemplo, si administró mal los bienes del pupilo (D.26.10.3.1); si no le prestó alimentos (D.26.10.3.14); si se abstuvo desconsideradamente o con dolo al aceptar la herencia para el pupilo (D.26.10.3.17); o si dio fianza (D.26.10.5); pero también si obró con negligencia, al entenderse ésta como una falta de la obligada *fides* (D. 26.10.7.1), pues sospechoso es *qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est*⁶¹.

Mientras que la originaria acción habría tenido carácter preventivo, la *actio tutelae* de época clásica habría castigado la lesión de la *fides*, concretada como la lesión de los intereses del impúber.

La evolución de la tutela habría sufrido una metamorfosis, según Randazzo⁶²; en una primera época se habría constituido con un fin asistencial o de protección dentro del ámbito de la familia, siendo ejercida preferiblemente por miembros de la misma, pasando posteriormente a asumir la naturaleza de una relación obligatoria (*munus publicum*) entre tutor y pupilo, de la cual tenemos evidencias, sobre todo en las fuentes clásicas, a partir

⁶⁰ Vid. diversas cuestiones en Solazzi, S., "Tutor suspectus", *Scritti* II, pp. 101-146. Postura avalada por el comentario de Ulp.ad ed. (D.26.10.1.1): "Tratemos, pues, en primer lugar, de dónde provenga el delito de sospechoso, y ante quiénes pueda ser acusado de sospechoso un tutor o un curador; después, quién, y por quién, y por qué causas es removido, y de la pena del sospechoso". Para Solazzi, *accusatio* sería institución del *ius civile* mientras que *remotio* sería pretoria. Con Justiniano la vieja institución civil recoge también los casos de remoción.

⁶¹ Vid. las diversas cuestiones suscitadas en Solazzi, S., "Tutela e curatela," *Scritti*, II, cit., pp. 1-80.

⁶² Randazzo, S., "Furor e lucidi intervali. Riflessioni sul regime giuridico della demenza", *Iura*, 62, 2014, p. 183 ss.

de la creación de la tutela dativa por la *lex Atilia* del 210 a.C. Se habría pasado, de una tutela de familia a una tutela de autoridad, en frase utilizada por la doctrina civilista⁶³.

A partir de esa ley los poderes públicos estaban obligados a designar tutores a los menores que no lo tuviesen, quizá confirmando una práctica anterior que permitía que cualquier ciudadano solicitase al pretor el nombramiento de un tutor para el menor que careciese de tutor testamentario o legítimo. Se trataba de un acto de jurisdicción voluntaria⁶⁴.

Con posterioridad, una *lex Iulia et Titia*, probablemente de tiempos de Augusto, facultaba a los gobernadores provinciales para designar tutores en el mismo supuesto, ampliándose después a otros magistrados como procónsules, procuradores, legados y el Prefecto de Egipto (D. 26.5.1). Claudio encargó el nombramiento a los cónsules, y Marco Aurelio creó un magistrado especial, *praetor tutelaris*, no solo para designar tutores dativos sino también para resolver las controversias entre guardadores y pupilos. Dicha facultad derivaría no del *imperium* del magistrado, sino de la ley, senadoconsulto o declaración de los príncipes (D.26.1.6.2).

Para garantizar el correcto desempeño del cargo de tutor legítimo y dativo se realizaba la *cautio* o *satisdatio rem pupilli salvam fore*, siendo innecesaria dicha cautela para el tutor testamentario quizá debido a que era el propio causante el que, al hacer la designación, habría tenido en cuenta la personalidad y circunstancias de la persona que iba nombrar y, por tanto, sería alguien digno de su confianza⁶⁵.

Las cláusulas para el nombramiento del tutor testamentario y el tutor dativo están recogidas por Gayo en sus Instituciones⁶⁶.

El tutor ejercitaba sobre la persona y los bienes del pupilo menor de siete años, una actividad considerada como gestión de negocios ajenos (*negotiorum gestio*), mientras que en el caso de que superase dicha edad, interpondría su autoridad en los actos realizados por el pupilo (*auctoritas interpositio*)⁶⁷. Por lo tanto se estaba admitiendo una cierta capacidad negocial, aunque limitada, al menor de 14 años.

No sabemos si el menor sometido a tutela que mostrase o desarrollase una enfermedad mental, se vería sujeto al nombramiento de un curador especial (*curator*

⁶³ García Cantero, G., "Notas sobre la curatela" cit., p. 810.

⁶⁴ Sobre la jurisdicción voluntaria vid. Fernández de Buján, A. *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, Madrid, 1999; *Derecho Privado Romano*, cit., p. 55 ss. 67 ss. Sobre la tutela pp. 208-214. Son numerosas las obras del autor relacionadas con la reforma de la Ley sobre JV en derecho actual, entre ellas *La reforma de la JV: problemas, interrogantes, soluciones*, Madrid 2005 o también *La reforma de la JV. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Madrid 2015.

⁶⁵ Vid. Guzmán Brito, A., *Cautión tutelar en el Derecho romano*, Pamplona, 1974.

⁶⁶ Para el tutor testamentario G.1.149-150 y 2.289; para el dativo G.1.185.

⁶⁷ Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 203-210.

furiosus) que desplazaría al tutor. Del tenor literal de las fuentes se desprende que continuaría bajo la tutela:

D. 26.1.3 pr. (Ulp. 36 ad Sab.): “El pupilo o la pupila que tiene tutor, si hubieren comenzado a enloquecer, están en el caso de que no obstante permanezcan en la tutela; cuya opinión fue también la de Quinto Mucio, y la aprueba Juliano; y observamos este derecho, que no haya lugar a la curaduría, si la edad necesitara de tutela. Por lo cual, si tienen tutores, no son sometidos a curatela por causa de locura; y si no los tienen, y les atacare la locura, podrán, sin embargo, recibir tutores, porque la ley de las Doce Tablas fue entendida de modo que no sea aplicable a los pupilos o a las pupilas”.

Una vez llegada a la mayoría de edad, se le dotaría de un curador (*cura minorum*)⁶⁸ prevaleciendo frente a la *cura furiosi*, aunque éste fuera el instrumento especializado previsto para él, del que se le dotaría al cumplir 25 años:

D.26.1.3.1 (Ulp. 37 ad Sab.): “Mas como no admitimos a los agnados como curadores para la persona de los pupilos, por esto he opinado, que, aunque el menor de veinticinco años esté loco, se le da curador no como a loco, sino como a adolescente, cual si el impedimento fuese de la edad; y así definiremos, que aquel, a quien su edad lo sujeta a tutela o a curatela, no tiene necesidad de que se le procure curador, como a un demente; y así contestó por rescripto el Emperador Antonino Augusto, porque más bien se ha de mirar por la edad, que por la locura”.

Lo mismo sucedería para los que presentasen anomalías físicas (sordos, mudos, sordomudos); se les nombraría previamente un *curator minorum* y al llegar a esa edad, se les dotaría de *curatores debiliū personarum*. Por otra parte, de nuevo nos encontramos, y esta vez para los menores de 14 años mudos, la aceptación de una cierta capacidad negocial refrendada por la *auctoritas* del tutor:

D.26.1.6 (Ulp. 38 ad Sab.): “Es verdad que también puede darse tutor al mudo y a la muda, impúberos, pero se duda si se les podrá prestar a estos autoridad; y si se le puede prestar al que calla, también se le puede prestar al mudo. Pero es más verdadero, como escribió Juliano en el libro vigésimo primero de su Digesto, que también a los que callan se les puede prestar la autoridad”.

⁶⁸ El origen de esta institución se atribuye a una *Lex Laetoria* o *Plaetoria de circumscriptione adolescentium* del año 191 probablemente; vid. EU, 12.

Tanto la enfermedad mental como sensorial eran causas para excusar el nombramiento de tutor o de curador, o para deponer el cargo si se estuviere desempeñando:

D.26.1.1.2: “El mudo no puede ser dado como tutor, porque no puede prestar autoridad”.

D.26.1.1.3: “El sordo no puede ser dado como tutor, como opinan muchos, y Pomponio en el libro sexagésimo noveno de sus comentarios al Edicto, porque el tutor debe no solo hablar, sino también oír”.

Hasta época postclásica, no se admitió el nombramiento de una mujer para el cargo de tutor (C.5.35.2; C.5.35.3), así como tampoco se le permitió desempeñar cargos públicos y políticos por considerarse *officia virilia*⁶⁹.

2. La tutela de la mujer

La *tutela mulierum*⁷⁰ respondía a los planteamientos que sobre la mujer se tenían en el mundo antiguo⁷¹, que hoy nos parecen injustificados cuando no escandalosos, algunos de los cuales han pervivido en los ordenamientos actuales hasta tiempos recientes. En concreto, en el nuestro, piénsese, por ejemplo, en el ejercicio del poder marital por el esposo a la hora de realizar la mujer negocios jurídicos sobre sus propios bienes, e incluso la necesidad de su permiso para viajar⁷².

⁶⁹ D.50.17.2pr. (Ulp 1 ad Sab.): “Las mujeres están excluidas de todos los oficios civiles o públicos; y por esto no pueden ser jueces, ni desempeñar la magistratura, ni postular, ni intervenir por otro, ni ser procuradores”. D.5.1.12. 217 (Paul. ad ed.): “Mas no todos pueden ser nombrados jueces por aquellos que tienen poder para nombrar juez. A algunos les está vetado por la ley ser jueces, a otros por la naturaleza y a otros por las costumbres: por la naturaleza al sordomudo; también al enfermo mental incurable y al impúber, ya que carecen de juicio; la ley lo impide al que fue expulsado del senado; las costumbres, a las mujeres y a los esclavos, y no por carecer de juicio, sino porque está admitido por la costumbre que no puedan desempeñar funciones civiles”. También D.3.1.1.5; Val. Máx., 8.3.2; Vid., Cantarella, E., *Tacita Muta: La donna nella città antica*, 1985; la misma autora en *Pasado próximo. Mujeres romanas de Tácita a Sulpicia*, Madrid, 1995.

⁷⁰ Remito para su estudio a Sanz Martín, L., “Fundamentos doctrinales en torno a la tutela mulierum. Naturaleza y esencia de la *tutela mulierum*”, *RGDR*, 12, 2009; e igualmente en su “Estudio y comentario de las diferentes clases de *tutela mulierum* a tenor de lo referido en las fuentes jurídicas romanas. Funciones y responsabilidad del *tutor mulierum*”, *RGDR* 15, 2010.

⁷¹ Vid. Cid, R.Mª, *Las silenciosas mujeres de la Roma antigua*, Madrid, 2015.

⁷² “Autoridad marital”, “potestad marital”, son expresiones de honda raigambre en el Derecho histórico y en el Derecho comparado que hacen referencia al poder atribuido al marido sobre la persona y los bienes de la mujer y que ésta debía, por imposición, obedecer y respetar. Presente en los códigos napoleónicos y en el nuestro de 1851 en su art. 61 (más tarde en el art. 58) hasta la reforma de 1975. Vid. De Cossío y Corral, A., *La potestad marital*, Madrid, 1948; Espín, D., “Capacidad jurídica de la mujer casada (Ensayo de Derecho comparado italo-hispano-americano)”, *Anales de la Universidad de Murcia* vol. XVII núm. 3 (consultado 16 de abril 2020). Gómez Plaza, Mª C., “La supresión de la licencia marital”, *ADC*, 1977.

En sus *Institutiones*, Gayo (G.1.144), al hablar de la tutela de las mujeres conferida por testamento, indica que tiene su origen en el hecho de que:

“Los antiguos quisieron que las mujeres, aun cuando tuviesen una edad superior a la pubertad, estuviesen en tutela, a causa de su ligereza de espíritu; de ella se exceptúan las Vírgenes Vestales, que ya por la voluntad de los antiguos están libres de tutela en honor de su sacerdocio”.

El mismo jurista considera (G.1-190):

“En cambio, apenas hay alguna razón de peso que persuada para que las mujeres en edad adulta estén bajo tutela: pues lo que vulgarmente se cree de que en general son engañadas por la ligereza de su espíritu, y por eso resultaba justo que fueran dirigidas por la autoridad de sus tutores, es más una razón aparente que verdadera, pues las mujeres adultas tratan de sus negocios por sí mismas y hay casos en que el tutor interpone su autoridad por mero formalismo, y con frecuencia también autoriza actos contra su voluntad forzado por el Pretor”.

Aunque de *facto* muchas mujeres romanas ejercieron amplias facultades de administración sobre sus bienes, jurídicamente estaban sometidas a ese tipo de tutela, desapareciendo, como privilegio concedido por el emperador (*ius liberorum*)⁷³, al ser madre de tres hijos, o de cuatro si era liberta, tal y como relata el jurista (G.1.145):

“Por lo tanto, si se diera tutor en testamento a un hijo y a una hija y alcanzaran ambos la pubertad, el hijo deja de tener tutor, mientras que la hija permanece en todo caso bajo tutela. Sólo en virtud de la Ley Julia y Papia Poppaea son liberadas las mujeres de la tutela en razón al derecho por maternidad. Y ya hablamos de la excepción que suponen las vírgenes Vestales, a las que también los antiguos quisieron libres, en atención al honor de su sacerdocio, estando además establecido así por la Ley de las XII Tablas”. Y “(...) Las que nunca han sido esclavas se liberan de la tutela a causa del derecho por maternidad al tener 3 hijos, y las libertas al tener 4, si es que estaban bajo tutela legítima del patrono o de sus descendientes, pues las que tienen otra clase de tutor, como son los tutores Atilianos o fiduciarios, se liberan de la tutela con 3 hijos.” (G. 1.194).

⁷³ Armani, S., “Ius liberorum: droit ou privilege?” *Cahiers Mondes Anciens*, 10, 2018, pp. 16 ss. con fuentes epigráficas; del Castillo, A., “Legislación romana y liberación femenina: una relación inconsciente”, *Lucentum* 718, 1988-1989. De manera general vid. los trabajos recogidos en la obra *Mujeres en tiempos de Augusto. Realidad social e imposición legal*, Rodríguez López, R., y Bravo Bosch, M^aJ., eds., Valencia 2016. Sobre la mujer furiosa, vid., Frigione, F., “Sulla condizione della mulier furiosa”, *Labeo* 3, 1957, pp. 359 ss.

Este tipo de tutela desapareció con Constantino.

3. La curatela del pródigo

La *cura prodigi* es una institución establecida por los romanos para la salvaguarda del patrimonio de la persona que no es capaz de llevar cuenta de sus gastos, poniendo en peligro su patrimonio para él y para su familia. Según Cicerón⁷⁴ “pródigo es cualquier persona que malgasta o dilapida su patrimonio”. Un texto de Ulpiano señalaba que las XII tablas ordenaba que se les dotara de un *curator*:

D.27.10.1pr: “Por la Ley de las XII Tablas se prohíbe al pródigo la administración de sus propios bienes; lo que ciertamente se introdujo en un principio por la costumbre. Pero suelen hoy los Pretores o los Presidentes, si hubieren hallado un hombre tal, que no tiene ni tiempo, ni fin para los gastos: pero que consume sus bienes destrozándolos y disipándolos, darle un curador, a la manera que al loco; y estarán ambos bajo curatela mientras tanto que el loco hubiere recobrado la salud, o aquellas buenas costumbres; y si esto sucediere, de derecho dejan de estar bajo la potestad de los curadores”.

Es posible pensar que en una primera época el pródigo hubiera sufrido interdicción de administrar sus propios bienes, debiendo estar bajo la curatela de los agnados, como sucedía con el *furiosus*; así resulta de la opinión de Gayo en su Comentario al Edicto provincial:

D.27.10.13: “Con frecuencia le pertenece a uno por la ley de las Doce tablas la curatela de un furioso o de un pródigo (...)”.

Si bien, cuando al pretor no le pareciera adecuado, le daría otro:

“(...) y el pretor le da a otro la administración, a saber, cuando aquel curador legítimo, parezca inhábil para esta cosa”.

Por otra parte Paulo recuerda que:

D.27.10.15: “También se le puede poner interdicción en los bienes a la mujer que vive disipadamente”.

Lo que confirmaría que, al menos en época clásica, la mujer gestionaba sus propios bienes, cuestionándose la necesidad de *tutela mulierum* referida anteriormente.

⁷⁴ Cic. *de off.* 2.16.3.

La situación del pródigo le incapacitaba para realizar actos que supusieran asumir obligaciones en la esfera patrimonial, como realizar la *mancipatio* u otorgar testamento, pero no para aquellos que le reportasen beneficios, como la aceptación de una herencia o legado; podía también contraer matrimonio.

El *curator prodigi* actuaba como un gestor de negocios ajeno, y contra sus actuaciones el pretor otorgaba una *actio negotiorum gestio utilis*. Este tipo de curatela cesaba cuando la persona recuperaba sus buenas costumbres, entendiendo con ello que actuaba de manera coherente limitando sus gastos, es decir, sin poner en peligro su patrimonio⁷⁵.

4. La curatela del menor

La *cura minorum* es una institución establecida por los romanos para la salvaguarda del patrimonio del menor; para evitar la realización, por parte del mismo, de determinados negocios que le fueran perjudiciales debido a su inexperiencia⁷⁶. En este sentido:

IJ. 1.23 pr.: “Los varones púberos y las hembras núbiles reciben curadores hasta el vigésimo quinto año cumplido, porque, aunque sean púberos, son todavía, de una edad que no pueden mirar por sus intereses”.

La *cura minorum* se establecía para el supuesto en que un menor *sui*, alcanzara la mayoría de edad. El menor podía haber estado sometido antes a la tutela *impuberum*, habiendo cesado por esa causa (mayoría de edad), o haber estado sometido a la patria potestad, habiendo desaparecido ésta por muerte o cautividad del *paterfamilias* en ese preciso momento, coincidente con la pubertad⁷⁷.

Una *lex Laetoria* (o *Plaetoria*) alrededor del 190 a.C. otorgaba una protección especial a los menores de veinticinco años⁷⁸. Por su parte el edicto del pretor decía:

⁷⁵ Vid. Coch, N., “Modificación de la capacidad de obrar. Los casos del *furiosus* y el *prodigus* de las XII tablas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”, cit., pp. 28 ss; para un estudio general, vid. Pulitano, F., *Studi sulla prodigalità nel diritto romano*, Milano, 2002, superando la postura de De Vischer, F., *La curatella et l'interdictum des prodiges. Études de Droit romain*, Paris 1931, pp. 23-107 y de Solazzi, S., “Interdizione e cura del prodigo nella lege della XII tavole”, *Studi in onore P. Bonfante*, 1, 1928, Napoli, 1928, pp. 47-69. Vid. el clásico estudio de Audibert, A., *Études sur l'histoire du droit romain*, 1. La folie et la prodigalité, Paris 1892.

⁷⁶ Una acertada conexión entre la situación del menor desamparado y la del que padece una enfermedad psíquica, en el derecho actual, en Martínez de Aguirre, C., “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, *ADC* vol. 45, 1992, pp. 1391-1498.

⁷⁷ Para un estudio en profundidad, Vid. Solazzi, S., *Curator impuberis*, Roma, 1917.

⁷⁸ *Lex Laetoria* o *Plaetoria de circumscriptione adolescentium*, vid. EU, 12.

D.4.41 pr.1 (Ulp, 11 ad Ed.): “Sancionaré, según lo que cada caso exija, el negocio que se alegue haberse hecho con un menor de veinticinco años”.

Dicha acción debió ser penal, infamante y popular⁷⁹, es decir, ejercitable por cualquiera que tuviera noticia de un negocio realizado por un adulto y un menor de veinticinco años. De esa manera se protegían los intereses del menor.

Aunque no queda de ella constancia en las fuentes, sí de una *exceptio legis Laetoria* por la que el menor podía paralizar la reclamación de aquel con el que hubiera realizado un negocio en el que había resultado engañado. Quizá se tratase de una *lex imperfecta*. También podía decretar el pretor una *restitutio in integrum* por razón de la edad (*ob aetatem*)⁸⁰.

En el 321 Constantino promovió un expediente de dispensa de edad, *venia aetatis*⁸¹, para liberar a los jóvenes, (varones mayores de 25 años y mujeres mayores de 18) de la *cura minorum*, concesión que se venía realizando de manera extraordinaria. El único requisito, además de la edad, era que estas personas acreditaran un comportamiento honrado.

Bajo el nombre de *cura debiliū personarum*, término que no aparece en las fuentes pero sí en la doctrina⁸², se agrupa un número de curatelas atribuidas a las personas débiles, enfermas (*surdo, muto*) o retrasadas (*fatuo*), que no podían valerse por si mismas sin dificultad; quizá los denominados *mentecapti*. Una especie de *curatores ad certam causam* para negocios determinados, pero que no estaban encargados de velar por la salud o integridad corporal de aquellas personas. Justiniano separa nítidamente este tipo de curatela (sordos, mudos, enfermos y deficientes mentales) de las curatelas tradicionales (furiosos, pródigos y menores de veinticinco años):

IJ. 1.23.4: “Mas también ha de darse curadores a los mentecatos, a los sordos, a los mudos, y a los que padecen por enfermedad incurable, porque no pueden bastarse para sus asuntos”.

⁷⁹ Sobre las acciones populares vid. Fernández de Buján, “La acción popular romana, actio popularis como instrumento de defensa de los intereses generales, y su proyección en el derecho actual” *RGDR* 31, 2018; también en “La defensa y protección de los derechos de los ciudadanos desde Roma hasta nuestros días”, *Rights of citizens and their protection*, New Bulgarian University, 2019, pp. 19-40; García Garrido, M.J., *Diccionario de Jurisprudencia romana*, cit.

⁸⁰ Respecto a la *restitutio in integrum ob aetatem*, vid. Fernández de Buján, *Derecho privado romano*, cit., p. 166; García Garrido, M.J., *Diccionario de Jurisprudencia romana*, cit.

⁸¹ Vid. Fernández de Buján, *Íbidem.*; García Garrido, *Íbidem.*

⁸² Cascione, C., *Manuale breve Diritto romano*, Milano 2007, p. 82; Perozzi, S., *Istituzioni*, vol. I, cit., p. 333 y 339. Aparecen en las fuentes términos como *curatores quasi debilibus...dantur, vel surdo muto vel fatuo*, en D.42.5.19.1 (Ulp. 63 ad ed.); D.42.5.20 (Paul. 60 ad ed.); D.42.5.21 (G. 24 ad ed. Prov.); Fernández de Buján, A., *Derecho Privado romano*, cit., p. 213.

Seguramente los pretores y, más tarde, los gobernadores provinciales y otros funcionarios imperiales, serían los que designaban a estos *curatores* siguiendo un procedimiento similar al de la *cura minorum* como se refiere en las Instituciones (I.J. 1.23.1):

“Mas se dan curadores por los mismos magistrados que los tutores. Pero no se da curador por testamento; mas el nombrado, es confirmado por decreto del pretor o del presidente”.

5. La curatela del enfermo mental

Con el término *furiosi* nos referimos a aquellas personas que por motivo de enfermedad no gozan de sus capacidades psíquicas, al enfermo mental (*furiosus*)⁸³, discapaz, diríamos hoy⁸⁴.

Dejando aparte las cuestiones relativas al cuidado de la persona y sus necesidades primarias, que seguramente era realizado dentro de la propia familia, la atención de sus asuntos e intereses patrimoniales requirió de una medida especial: la provisión de un curador cuyas funciones aparecen señaladas en el siguiente fragmento:

D.27.10.7.pr.: “El curador debe cuidar con su prudencia y trabajo, no solo el patrimonio, sino también el cuerpo y la salud del loco”.

El *furiosus*, no obstante su falta de capacidad, conservaba la posibilidad de realizar distintos actos mediante un *curator* especial, por lo que habría que proceder a su nombramiento, produciéndose el cese de la curatela si recobraba la razón.

La constitución de una curatela para estas personas tenía lugar cuando una persona con sus facultades mentales visiblemente alteradas no gozaba de la protección de un

⁸³ Para esta y otras cuestiones relacionadas remito a Castán, S., *Discapacidad y Derecho romano*, cit., pp.185-221); también Martínez de Morentin, L., “De la cura furiosi en las XII Tablas a la protección del discapacitado psíquico en el ordenamiento español”, cit., pp. 14 ss.

⁸⁴ Si tenemos en cuenta que esa es la terminología empleada en la Convención. Vid. Fernández de Buján, A., “Convención de 2006 sobre los derechos de las persona con discapacidad y proceso de incapacitación”, cit., pp.137 ss., “conforme al artículo 1 de la Convención: Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Coch, N., “La curatela a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furiosi”, *RGDR*, 31, 2018

custos, tal y como decían las XII Tablas⁸⁵, y venía atribuida a la persona del agnado más próximo, y en su defecto, a los gentiles⁸⁶.

Probablemente fueran los parientes los que apreciarían dicha circunstancia. En época clásica, debieron ser los magistrados, los jueces y otros funcionarios, lo que llevaría a considerar si existió cierto reconocimiento pericial atendiendo a criterios “clínicos” del momento. La intervención requerida era una exigencia, ya que determinaría la validez o no de muchos negocios realizados, algunos de los cuales serían impugnados por esta causa.

Los autores consideran que la apreciación de la enfermedad mental era una cuestión de hecho⁸⁷; el magistrado, *causae cognitio*, comprobaría, en la medida de sus posibilidades, si era cierta, y no una simulación para eludir responsabilidades penales o cargas civiles. Una vez constatada, producía una serie de limitaciones en la capacidad de obrar de esas personas, tanto en la esfera de lo público como de lo privado.

En el ámbito testamentario, podría interponerse la *querella inofficiosi testamenti* por los interesados, alegando la demencia sufrida por la persona a la hora de hacer testamento. Una prueba convincente para ser tenida en cuenta por el juez, sería, por ejemplo, el legado de cosas públicas (D.30.39.8), la institución de heredero bajo extraña condición (D.28.7.27pr.), o la preterición injusta (D.5.2.5). Por otra parte también podrían darse falsas acusaciones por parte de descendientes desheredados.

El nombramiento de *curatores* podría considerarse como provisional, no perpetuo, ya que su duración sería la misma que la duración de la locura. Una vez superada la enfermedad, automáticamente se recuperaba la capacidad de obrar. En caso de no superarse duraba toda la vida, como recuerda una constitución del 530:

C.5.70.6pr.: “Como acontece ciertamente que es continuo para algunos hombres el infortunio del furor, pero que a otros no los ataca sin tregua, sino que en ciertos periodos les llega cierta remisión, y hay en esto mismo mucha diferencia, de suerte que para unos se reduzcan a breves las treguas de semejante enfermedad, y para otros sean mayores, disputaba la antigüedad sobre si en los intervalos intermedios de furor subsistía para ellos la intervención del curador, o si extinguida al cesar el furor se reintegraba de nuevo al volver la

⁸⁵ Diliberto, O., *Origini della cura furiosi*, cit., p. 12 ss.

⁸⁶ T.5.7a. *Si furiosus escit adgnatum gentiliūque in eo pecuniaque ius potestas esto*. Sobre la dificultad de que el término *furiosus* apareciera en el precepto decenviral y consideraciones lexicográficas, vid. D’Ors, X., “Sobre XII Tab. V, 7^a: si furiosus escit”, *AHD*, 50, 1980, pp. 796-814; García Vázquez, “La polémica en torno al concepto del *furiosus*”, en *Estudios Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 190 ss.

⁸⁷ Solazzi, S., “Furor vel dementia”, cit., p. 655; Schulz, F., *Derecho romano clásico*, cit., p. 188; Nardi, E., *Squilibrium*, cit., p. 60 ss.

enfermedad. Así, pues, decidiendo nosotros su ambigüedad, mandamos (pues es incierto tratándose de semejantes hombres furiosos cuando recobrarán la razón, si después de largo o de corto espacio, y es imposible que muchas veces se le determine en el límite del furor y de la locura, y está durante largo tiempo sujeto a la misma variación, de suerte que para algunos parezca aún que apenas remitió el furor), que no ha de terminar el nombramiento de curador, sino que ciertamente subsista éste mientras viva el furioso, porque apenas hay tiempo en que no se espere semejante enfermedad; pero que durante los intervalos, que son perfectísimos, nada haga el curador, sino que pueda el mismo furioso, mientras está cuerdo, adir la herencia y hacer todas las otras cosas que les competen a los hombres sanos; pero que si el furor le acometiere de nuevo con sus estímulos, se agregue el curador en sus contratos, de suerte que tenga este el nombre de curador en todo tiempo, pero su eficacia, cuando volviere la enfermedad, a fin de que no se haga a menudo y como en burla su nombramiento de curador, y con frecuencia parezca tanto que nace como que deja de existir”.

Habría que decidir los actos en los que éste debía intervenir⁸⁸ y reflexionar sobre la validez de los realizados por el *furiosus* durante los intervalos lúcidos. Si bien en una primera época no se admitió dicha posibilidad, los juristas postclásicos, con base en los precedentes clásicos, fueron admitiéndolos⁸⁹, tal y como aparece en diversas constituciones imperiales (C.5.70.6 y C. 6.22.9).

La situación de discapacidad provocada por la locura producía los mismos efectos que la muerte civil, afectando a la capacidad contractual y a la posibilidad de realizar actos de disposición y de adquisición de bienes. Son muchos los testimonios de las fuentes en este sentido⁹⁰. Así, por ejemplo, era necesaria la actuación del *curator* para la adquisición de la posesión por parte del *furiosus*, ya que para ello se requería *corpus* y *animus*, pero mantenía la posesión adquirida antes de enfermar. Era incapaz para ser nombrado juez, y para el caso de locura sobrevenida se nombraba un sustituto. No podía

⁸⁸ Sobre la administración desempeñada por el *curator furiosi* vid. Albanese, B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 542 nota, 608, y *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, pp. 355 ss. Para toda la problemática suscitada vid. D. 26.7: De la administración y del riesgo de los tutores y curadores que hayan o no administrado, y de uno o varios que ejerciten acción o hayan de ser demandados.

⁸⁹ Un problema que ha suscitado la discusión entre los romanistas, vid. Solazzi, S., “I lucidi intervalli del furioso”, *Scritti* II, pp. 545-556 que introduce asimismo la distinción entre *furor* y *dementia* (desarrollada en “Furor vel dementia”, *Scritti* II, pp. 623-655). La doctrina de los actos lúcidos no fue conocida en la primera época, sino que fue elaboración de los juristas postclásicos en base a los precedentes clásicos y fue acogida por Justiniano, vid. Fernández de Buján, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 212.

⁹⁰ G.3.106; D.26.7.48; D.29.2.47; D. 46.8.24.1; D.50.17.40; IJ.2.12.1; C.4.38.2 (a. 286). Vid. Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, cit., p. 211.

ser nombrado tampoco árbitro ni ser parte en un arbitraje compromisario⁹¹. Tampoco podía ejercer actividades de *procurator*, ni ser parte en el proceso. Pero conservaba la *patria potestas* y adquiría por medio del hijo y del *servus*. Es dudoso que en esas circunstancias conservara el derecho a autorizar el matrimonio de sus hijos, y si era válida la constitución de la dote y la *donatio ante nuptias*. La constitución del 530 a Juliano, Prefecto del Pretorio, resulta interesante en este sentido:

C.5.4.25.4: “Discutíase entre los antiguos, si los hijos de un padre loco, bajo cuya potestad se hallan constituidos, podrían contraer nupcias. Y casi todos los autores del antiguo derecho admitieron, que verdaderamente la hija de un loco podía casarse; porque juzgaron que bastaba, que el padre no se opusiera. Pero se dudaba en cuanto al hijo de familia. Y, a la verdad, Ulpiano mencionó una constitución del Emperador Marco, que no habla del loco, sino en general de los hijos del privado de juicio, ya sean varones, ya hembras, que contraen nupcias, para que puedan hacerlo aun no habiendo recurrido al Príncipe, y otra cuestión que de esto surge, de si esto, que la constitución estableció, respecto al demente, se ha de observar también en cuanto a los furiosos, cual si la analogía favoreciera a los hijos del privado de juicio y del furioso. Y así, dudándose sobre esto, mandamos, decidiendo tales ambigüedades, que se supla lo que parece que falta en la constitución del divino Marco, de suerte que no solamente los hijos del demente, sino también los del furioso, de cualquier sexo, puedan contraer legítimas nupcias, debiéndose entregar tanto la dote, como la donación de antes de las nupcias por el curador de los mismos; pero habiéndose de hacer la estimación del excelentísimo prefecto de la ciudad en esta regia ciudad, y de los muy esclarecidos presidentes de las mismas o preladados de las localidades, en las provincias, tanto según la calidad de la persona, cuanto en consideración a la dote, y a la donación de antes de las nupcias, hallándose presentes así los curadores del demente o del furioso, como los que son más nobles de su linaje; pero de modo que por esta causa no se origine ningún perjuicio en esta regia ciudad o en las provincias para los bienes del furioso o del privado de juicio, sino que todo se haga gratis, para que tal infortunio de los hombres no se agrave además con el quebranto de gastos”.

Respecto a su nombramiento como tutor testamentario, la enfermedad mental era considerada una de las causas de exclusión para el desempeño del cargo:

⁹¹ Sobre el arbitraje, tipos de arbitraje, arbitraje compromisario, vid. Fernández de Buján, A., *La deuda histórica del arbitraje moderno*, Madrid, 2014, pp. 51-9, obra fundamental sobre la materia.

D 27.1.12.pr. (Modest. *Exc.* lib 3): “El mismo Ulpiano escribe: pero en este Rescripto se añadió, que se suele excusar o por tiempo, o para siempre, según la enfermedad que se padece. Mas la locura no excusa para siempre, sino que hace que interinamente se nombre curador”.

FV 184: “Pero sería válido si en el momento de abrirse el testamento hubiera recobrado la cordura”.

Por tanto, de manera general puede decirse que en las fuentes se observa la integración del enfermo mental en la sociedad en cuanto se recuperara. Esta afirmación es muy interesante y nos lleva a comprobar, como siempre que nos asomamos al estudio de las mismas, que la mentalidad del hombre romano era fundamentalmente práctica; observaba la realidad y no se perdía en razonamientos de índole filosófica o moral a la hora de sus razonamientos sobre ella. De la misma forma actuaba el jurista al dar respuesta a los problemas que se le planteaban, y esa es la razón de la variada casuística que nos encontramos, sobre éste, y sobre cualquier otro tema.

En cuanto a la *testamentifactio* activa hay que recordar que para considerar la validez de un testamento, la capacidad del testador debería darse en dos momentos: en el de su redacción y en el de la muerte del mismo, siendo tenido en otro caso como nulo y abriéndose entonces la *sucessio ab intestato*. En este sentido:

D.28.1.2: “En el que testa se ha de exigir, al tiempo en que hace testamento, la integridad de su juicio, y no la salud de su cuerpo”.

D.28.1.17: “El privado de juicio no puede durante el tiempo de la enfermedad de su cuerpo, hacer testamento”.

Sin embargo, los juristas romanos hicieron en ocasiones una *interpretatio* salvadora del testamento otorgado por el *furiosus*, considerando que había sido otorgado en intervalo lúcido y que había muerto cuerdo, aplicando las reglas del *ius postliminii* que consideraba válido el testamento del cautivo. En virtud de la *fictio legis Cornelia*, el ciudadano romano muerto en cautividad, se consideraba que había perdido la vida en el momento de ser hecho prisionero, y no después, siendo, por tanto, válido el testamento otorgado antes de partir⁹²:

D. 28.1.12: “Por la ley Cornelia los testamentos de los que hubieran fallecido en poder de los enemigos se confirman del mismo modo que si los que los hubiesen hecho no hubiesen caído en poder de los enemigos; y de la misma manera le

⁹² Vid. García Garrido, M.J., *Diccionario de Jurisprudencia romana*, cit., *ius postliminii* e igualmente “Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho romano”, *AHDE*, tomo XXVII-XXVIII, Madrid, 1957-1958. Vid. Solazzi, S., *Tutela e postliminio*, *Scritti* II.

corresponde a cada cual la herencia procedente de ellos. Por lo cual, el esclavo instituido heredero por el que hubiere fallecido en poder de los enemigos, será libre y heredero, quiera o no quiera, aunque con propiedad no se le llame heredero necesario; porque también el hijo del que falleció en poder de los enemigos se obliga contra su voluntad a la herencia, aunque no pueda decirse que es heredero suyo, el que no estuvo bajo la potestad del que murió”.

En otros se considera válido el hecho por una persona que a su muerte era *furiosus*:

D.28.1.20.4: “(...) y también será válido el testamento que hizo antes de la locura, y en virtud de este testamento compete la posesión de bienes”.

D.37.11.1.9: “Mas si alguno hubiere hecho testamento, y después hubiere perdido la facultad de hacerlo o por locura, o porque se le puso interdicción en sus bienes, se puede pedir la posesión de sus bienes, porque en derecho es válido su testamento; y en general se dice esto de todos los que de este modo pierdan al tiempo de la muerte la facultad de hacer testamento; pero es válido su testamento hecho antes”.

IJ.2.12.1: “Tampoco pueden hacer testamento los impúberos, porque no hay juicio en su inteligencia: tampoco los locos, porque carecen de razón: y no importa al caso que el impúbere hubiere fallecido después de ser púbero, o el loco después de haber recobrado la razón. Mas los locos, si hubieren hecho testamento durante el tiempo en que se les remite la locura, se reputa que han testado legalmente: siendo ciertamente válido el testamento que hubieren hecho antes de la locura: porque al sobrevenir después ésta, ni anula los testamentos hechos debidamente, ni ningún otro acto realizado en derecho”.

En el fondo se está acudiendo a la presunción general de capacidad de estas personas, pudiendo realizar distintos tipos de negocios jurídicos en los momentos de lucidez, siendo las personas intervinientes en ellos las que deberían destruir dicha presunción⁹³.

Esta idea nos parece digna de resaltar porque coincide con lo previsto en el mencionado reciente Proyecto de Ley de reforma del Código civil y de la legislación procesal sobre la capacidad de las personas. Sin saberlo, el legislador está dando entrada a consideraciones de marcado sabor romano que no pasan desapercibidas para el romanista.

⁹³ Sobre presunciones, véase con carácter general Martínez de Morentin, L., *Régimen jurídico de las presunciones*, Madrid, 2006.

Por tanto, y volviendo a la materia testamentaria, ante la acusación de falta de legitimación activa del testador, a causa del *furor* en el momento de su muerte, se acude, a falta de pruebas concluyentes para el juez, a la presunción general de lucidez en dicho momento, y por tanto a la presunción de validez del testamento (*favor testamenti*).

Sin embargo sí poseía la *testamentifactio* pasiva:

D. 28.1.16.1: “También el furioso tiene la testamentifacción (pasiva) aunque no puede hacer testamento”.

D.28.1.16.1: “(...) puede adquirir un legado o un fideicomiso (...)”.

Respecto a los actos que podría llevar a cabo el *curator* cabe señalar que podía aceptar la herencia beneficiosa para el *furiosus* y recibir legados y donaciones, pero no realizar actos personalísimos, como otorgar testamento o celebrar matrimonio.

En cuanto a la responsabilidad penal, la ausencia de voluntad del *furiosus* le exoneraba de la misma, como señalan los autores⁹⁴, si bien la realización de actos delictivos en intervalo lúcido influiría en dicha responsabilidad⁹⁵. Se duda sin embargo, si en caso del parricidio, responderían los custodios y si, en todo caso, se procedería a la detención y encarcelamiento (confinamiento doméstico) del *furiosus* bajo estrictas medidas de seguridad⁹⁶.

En relación con los derechos políticos de estas personas⁹⁷, se veían limitados, ya que no gozaban ni del *ius honorum*, ni del *ius electionis*, ni del *ius suffragii*, aunque conservaban la dignidad alcanzada cuando la enfermedad llegara con posterioridad al ejercicio del cargo, pero no podían, obviamente, aspirar a una magistratura superior. Se duda si conservaron la *nobilitas* adquirida en el ejercicio del cargo, y en el caso de ser senadores, si mantuvieron su asiento en el Senado. Mientras que parece que fue así en el caso de la falta de un sentido en algún supuesto particular (Apio Claudio el ciego), no en el caso del *furiosus*, el cual, quedaría seguramente confinado en su casa. Y si hubiese desempeñado el cargo de pretor o gobernador provincial, las decisiones tomadas en ese estado, carecerían de validez.

Respecto a la mujer, a pesar de que siempre estuvo sometida a tutela, cabe pensar en la posibilidad del nombramiento de un *curator* especial; la cuestión podría resolverse

⁹⁴ Mommsen, Nardi, Fernández de Buján, en las obras citadas. Vid. también Castán, *Discapacidad y derecho romano*, cit., p. 215 ss.

⁹⁵ Solazzi, S., “I lucidi intervalli del furioso”, cit., p. 551 ss. según D. 1.18.14.

⁹⁶ Vid. Rodríguez Montero R.P., *Responsabilidad contractual y extracontractual en Derecho romano. Una aproximación con perspectiva histórica*, Santiago de Compostela, 2015.

⁹⁷ Castán, S., *Discapacidad y derecho romano*, cit., pp. 219-221.

en sentido afirmativo, pudiendo recaer en sus hijos, pero no en el marido, a tenor de los siguientes fragmentos:

D.27.10.4 (Ulp. 31 ad Sab.): “La curatela de la madre loca pertenece al hijo; porque a los padres se les deberá igual piedad, aunque sea desigual su potestad”.

D. 27.10.14 (Pap. 5 Resp.): “No conviene que el marido sea nombrado curador de su mujer demente”.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

Una revisión general de la discapacidad en el mundo romano sirve para poner en valor las instituciones romanas para el apoyo de la capacidad de las personas, en los momentos actuales en que asistimos a la recomendación de Naciones Unidas de proceder a la revisión de las figuras previstas en los ordenamientos en esta materia, y a su adaptación a los postulados de la Declaración de Nueva York de los derechos de las personas con discapacidad.

La adaptación del nuestro podría venir por la reforma del sistema actual de protección a dichas personas previsto en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 18 de septiembre de 2018 (en la actualidad en trámite parlamentario), pero también por una adecuada utilización de las figuras existentes hasta ahora, tal y como considera autorizada doctrina civilista y nuestro TS, que, subrayando la vigencia del sistema del Código civil para la protección de las personas vulnerables, ha sugerido siempre una relectura de dicho sistema más acorde con los principios de la Convención.

Se acude a la presunción general de la capacidad de todas personas, y en su caso, para aquellas que padezcan algún tipo de enfermedad física o mental, se prevé la provisión de medidas de apoyo que garanticen su voluntad y libertad para la realización de los distintos negocios jurídicos; la figura prevista para estos casos es la curatela. Se deja la tutela para las limitaciones de la capacidad de obrar provenientes de la menor edad.

Será el juez el que, caso por caso, adjudicará la medida de apoyo requerida, sin necesidad de una previa declaración de incapacidad, medida de apoyo que cesará en cuanto el enfermo deje de necesitarla.

Esto resulta muy interesante porque el legislador, sin pretenderlo (o sin saberlo), está dando entrada a consideraciones de marcado sabor romano (*tutela minorum, cura furiosi*) que no pasan desapercibidas para el romanista. Sobre todo revaloriza la doctrina de los actos lúcidos entrevista por los juristas clásicos, pero desarrollada por el derecho bizantino. Se constata lo que, en palabras del Profesor Fernández de Buján, es, no solo

en esta materia, un “eterno y clásico retorno de principios, figuras e instituciones en el mundo del derecho, polémica sin fin, tan romana y tan moderna al propio tiempo, entre una concepción liberal y privatista y otra intervencionista y publicista de la actividad judicial”.