

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mía Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Brian Buchhalter-Montero, “El rol de la discapacidad intelectual en la formación de la jurisdicción voluntaria española: del Derecho romano a las primeras normas tras la Constitución de 1978”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 19 (2022), pp. 289-326 (available at <http://www.glossae.eu>)

El rol de la discapacidad intelectual en la formación de la jurisdicción voluntaria española: del Derecho romano a las primeras normas tras la Constitución de 1978

The role of intellectual disability in the formation of voluntary jurisdiction: from Roman Law until the first laws after the Constitution of 1978

Brian Buchhalter-Montero
Universidad Complutense de Madrid

ORCID iD: 0000-0001-7662-4424

Fecha de recepción: 18.2.2022

Fecha de aceptación: 12.4.2022

Resumen

El derecho de la discapacidad suscita desde hace tiempo un notable interés. Este estudio tiene por objeto abordar el papel de la discapacidad en la formación de la jurisdicción voluntaria en España, abordando específicamente el rol tuitivo que el Juez —o en su caso el Alcalde— ejercía respecto de las personas con discapacidad, desde el Derecho Romano hasta las primeras reformas tras la Constitución de 1978.

Abstract

Disability law has long been of considerable interest. This study aims to address the role of disability in the formation of voluntary jurisdiction in Spain, specifically addressing the protective role that the judge —or the mayor, as the case may be— exercised with respect to persons with disabilities, from Roman Law until the first reforms after the Constitution of 1978.

Palabras clave

Jurisdicción voluntaria, discapacidad, enjuiciamiento civil histórico, proceso civil, incapacitación

Keywords

Voluntary jurisdiction, intellectual disability, historical civil proceedings, civil procedure, incapacitation

Sumario: 1. Introducción. 2. Derecho romano. 2.1. Consideración previa 2.2. Concepto de jurisdicción voluntaria en Roma. 2. 3. La *cura*. 2.3.1 En general. 2.3.2 La intervención del magistrado. 2.4. El “procedimiento” para la declaración de la incapacidad. 2.5. Algunas previsiones asimilables a las actuales. 2.5.1 Horas hábiles. 2.5.2 Enajenación o actos de disposición sobre los bienes del *furiosus*. 3. Derecho histórico castellano. 3.1. Consideración previa. 3.2. Las Siete Partidas. 3.2.1 Curatela. 3.2.2 Otras instituciones de protección. 4. La primera organización judicial liberal (1812 – 1855). 4.1. Decreto de las Cortes de Cádiz de 9 de octubre de 1812. 4.2. Reglamento provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria, dado por decreto de 26 de septiembre de 1835. 4.3. Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia, de 1 de mayo de 1844. 5. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. 5.1. Consideraciones previas. 5.2. La protección de los discapacitados en particular. 5.2.1 El Promotor Fiscal. 5.2.2 Normas de competencia territorial. 5.2.3 El “prudente arbitrio”

del Juez en la elección del curador. 5.2.4 La fiscalización de la curatela: el registro de discernimientos. 5.2.5 El depósito de personas. 5.2.6 La autorización judicial para disponer de bienes del incapacitado. 5.3 La tenue acreditación de la discapacidad. 6. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. 6.1. Redacción originaria. 6.2 Proyectos y reformas durante el siglo XX. 6.2.1 Algunos proyectos relevantes. 6.2.2 La reforma de la postulación en la jurisdicción voluntaria. 7. La legislación civil común: proyectos y reformas. 7.1. El Proyecto de Código Civil de 1821. 7.2. El Proyecto de Código Civil de 1851. 7.3. El Código Civil de 1889. 7.3.1 Consideración previa. 7.3.2 El restringido papel del Juez municipal y la correlativa amplitud competencial del Consejo de Familia. 7.4 El régimen del CC tras la CE 1978. 8. A modo de conclusión. 9. Apéndice bibliográfico

1. Introducción

El interés por el derecho de las personas con discapacidad ha aumentado exponencialmente en los últimos años, particularmente desde la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, celebrada en Nueva York en 2006 (CDPD, en adelante)¹. Ello justifica la mirada concreta que sobre

¹ En España, respecto de las reformas posteriores a 1983 y, especialmente, tras la Ley 8/2021, *cfr.* Álvarez Mancebo, C., “Una primera aproximación a los “modelos de discapacidad” y su relación con la sociedad y el ordenamiento romanos”, *Revista General de Derecho Romano*, Núm. 37, 2021; Arnau Moya, F., “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, Núm. 33, 2022; Berrocal Lanzarot, A. I., “Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio — los poderes y mandatos preventivos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 786, 2021; Castán Pérez-Gómez, S., *Discapacidad y Derecho Romano*, Reus, Madrid, 2019; Corvo López, F., M., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 8, 2021; De Salas Murillo, S. “Incidencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad” en, Areces Piñol, M.^a T., *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016; Fábrega Ruiz, C., F., “Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de Ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad”, en Munar Bernat, P., A. (dir.), *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Colección *lege ferenda*, Marcial Pons, Madrid, 2021; Fernández de Buján, A., “Acceso a la justicia de las personas con discapacidad. La especial competencia del Letrado de la Administración de Justicia conforme a la Ley 8/2021”, *Revista Acta Judicial*, Núm. 9, 2022, pp. 2 ss.; Fernández de Buján, A., “La Ley 8/2021, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, *Diario La Ley*, Núm. 9961, 2021; Fernández-Tresguerres García, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021; García Rubio, M.^a P., “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Vol. X, 2018; García Pons, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXVI, 2013; Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021; Madrdejos Fernández, A., “La reforma de la regulación de la discapacidad por la Ley 8/2021, de 2 de junio — la hora del notario”, *Revista Jurídica del Notariado*, Núm. 112, 2021; Mayor del Hoyo, M.^a V., “Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 782, 2020; Mayor del Hoyo, M.^a V., “La escisión de los regímenes jurídicos del menor y de la persona con discapacidad”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 5-6, 2021; Pallarés Neila, J., “La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, Núm. 3 (julio-septiembre, 2018). Pau, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*,

la discapacidad en la jurisdicción voluntaria (JV, en adelante) ofrece este estudio, que termina con las primeras normas civiles promulgadas tras la CE². Previo a abordar la cuestión, cabe realizar un pequeño apunte metodológico: el análisis de normas antiguas se realiza en consideración del tiempo en que rigieron. Aun así, como dice Valiño, “este hábito mental, consistente en dar nombres actuales a realidades antiguas, aunque pueda tener el riesgo del anacronismo (como sería si llamásemos automóvil al carro de un cónsul romano), tiene alguna ventaja desde un punto de vista didáctico”³. La cuestión conduce inexorablemente a las polémicas respecto del método dogmático y la Historia del Derecho, cuestión cuyo análisis excede de esta obra. Nos contentamos con intentar evitar aquello que Ortega y Gasset a las exposiciones habituales de la historia de la filosofía:

“(1) a serie temporal de las doctrinas, la continuidad aparente entre ellas. Los sistemas se suceden como engendrados mágicamente, arcana emanación unos de otros. Asistimos, en efecto, a una sucesión, a un movimiento; pero como acontece en la cinemática, se nos describe un punto en traslación, pero no se nos dice por qué se mueve, no se nos habla de las fuerzas impulsoras”⁴.

No pretendemos, por tanto, que las normas objeto de análisis pasen “en hierática procesión, sin pisar sobre la tierra, sin peso ni angustias”, ni que sean “una historia de espectros”⁵. Pretendemos, al contrario, dar cuenta de la particular protección que, de las personas con discapacidad, pudo dispensar la JV histórica y actual.

2. Derecho romano

2.1. Consideración previa

En las siguientes líneas se analizan las funciones desarrolladas por el magistrado respecto de las personas con discapacidad y, particularmente, en el marco de la *cura*

Vol. V., Núm. 3, 2018; Pereña Vicente, M., “Régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil”, en Munar Bernat, P., A. (dir.), *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Colección *lege ferenda*, Marcial Pons, Madrid, 2021; Sánchez Hernández, A., “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, Núm. 33, 2022; Torres Costas, M.^a E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

² Sobre el rol de la discapacidad en la jurisdicción voluntaria vigente se pueden ver os estudios citados en la nota anterior y Buchhalter-Montero, B., “Naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria respecto de las personas con discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 794, 2022, en prensa.

³ Valiño, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Facultad de Derecho de Valencia (España), Valencia, 2002, p. 330.

⁴ Ortega y Gasset, J., “Anejo a mi folleto “Kant” (filosofía pura)” [1929], reeditado en Ortega y Gasset, J., “Kant, Hegel, Scheler” (1958), *Revista de Occidente*, Alianza, Madrid, 1983, p. 40. Las críticas se recrudescen excesivamente en otros pasajes de Ortega y Gasset sobre la metodología en la historia: “(...) no puede desconocerse que hay una desproporción escandalosa entre la masa enorme de labor historiográfica ejecutada durante un siglo y la calidad de sus resultados. Yo creo firmemente que los historiadores no tienen perdón de Dios. Hasta los geólogos han conseguido interesarnos en el mineral; ellos, en cambio, habiendo entre sus manos el tema más jugoso que existe, han conseguido que en Europa sea lea menos historia que nunca” [Ortega y Gasset, J., “La “Filosofía de la Historia” de Hegel y la historiología” (1929), reeditado en Ortega y Gasset, “Kant...”, *op. cit.*, p. 65].

⁵ Ortega y Gasset, “Anejo...”, *op. cit.*, p. 46.

furiosi (la curatela de las personas con discapacidad psíquica). Por otra parte, a reconocer una institución general y unitaria de protección de las personas con discapacidad no obsta que las personas con discapacidad mental o intelectual recibieran diversos apelativos, como *furiosos* o *demens* que, como decía Savigny, eran los más comunes⁶. El régimen jurídico era esencialmente el mismo⁷. De esta manera, este estudio se refiere a las personas con discapacidad intelectual tratadas en Roma con tales términos, sin pretender derivar para alguno de ellos consecuencia jurídica diferenciada. Sentado esto, procede exponer brevemente el concepto de JV en Derecho romano y, posteriormente la intervención del Magistrado respecto de la protección de las personas con discapacidad mental o psíquica en el contexto de la *cura* y de otras instituciones⁸.

2.2. Concepto de jurisdicción voluntaria en Roma

La JV romana arranca, según se dice, en un conocidísimo pasaje de Marciano (D.1.16.2):

“(o)mnes 293ficacia293293 statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem: sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et 293ficacia293 fieri” (...) Apud legatum vero Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem”. [“Todos los procónsules, una vez que han salido de la ciudad, tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, por ejemplo, pueden manumitir, emancipar o adoptar. Ante el legado del procónsul no se puede manumitir, porque no tiene tal jurisdicción”]⁹.

Como ha destacado Fernández de Buján, en la JV romana no existe propiamente conflicto entre las partes, sino que el magistrado “se limita a sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en la constitución de una situación o relación jurídica (...), suponiendo todo ello una especie de control de legalidad de la actuación del concurrente o concurrentes”¹⁰. Igualmente caracteriza Berger la JV romana en el *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* por

⁶ Von Savigny, C. F., *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. I, Deit und Comp., Berlin, 1840, p. 83. Distinto del *furiosus* y del *demens* es el *stultus, fatuus, insanus*, simplemente débil de espíritu (*Geisteschwäche*, dice Von Savigny, *op. cit.*, p. 85).

⁷ Von Savigny, *op. cit.*, p. 84. También coincide Schulz, F., *Classical Roman Law*, reimposición de la ed. de Oxford de 1951, acompañada por un prefacio a la reimposición y un índice de fuentes por Wolfgang Ernst, Oxford University Press – Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1992, p. 199, cuando dice: “Further, we meet in the rhetorical writings the terms *dementia* and *demens* used together with, or instead, of *furor* and *furiosus*. This usage intruded into the classical legal writings and gave rise to the false belief that the classical lawyers knew two sorts of insanity”. En el mismo sentido, Álvarez Mancebo, “Una primera aproximación...», *op. cit.*, p. 25.

⁸ Todas las traducciones del latín, salvo indicación en contra, son de García del Corral, I., *Cuerpo de derecho civil romano*, publicado por los hermanos Krieger, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, 1889.

⁹ La traducción es de Albuquerque Sacristán, J. M., “Notas sobre la continuidad histórica de la expresión romana ‘iurisdicção voluntaria’ — desde Marciano, D.1.16.2 pr.-I hasta la actualidad: breve comentario del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005). Algunos matices en tema de transacción y derecho de alimentos”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, Núm. 10, 2006, p. 1286.

¹⁰ Fernández de Buján, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, Reus, Madrid, 1986, pp. 23 y 24.

“(1)a intervención del magistrado en asuntos en los que no existe controversia entre las partes (*parties*) y el proceso ficticio sirve solo para realizar determinados actos jurídicos o transacciones (...). La *iurisdictio voluntaria* comprende la cooperación de las autoridades en asuntos tutelares y otros actos jurídicos para cuya validez se exige la autorización de la autoridad competente”¹¹.

2. 3. La cura

2.3.1. En general

El Derecho romano se ocupó de la protección de las personas con discapacidad a través de distintas instituciones. Entre ellas destacó la heterogénea curatela (*cura, curatela* o *curatio*¹²), destinada a remediar diversas incapacidades accidentales, “susceptibles de variar infinitamente”, lo que impide “hacer una enumeración absolutamente completa de las curatelas”¹³. Lo que sí es común a todas ellas es que se trata de un *munus publicum* o deber público que impone una obligación de protección (patrimonial y personal) respecto de aquellas personas que, no sometidas a *potestas*, requerían de un especial cuidado¹⁴. De entre las diversas curatelas existentes¹⁵, este estudio se ocupa de la llamada *cura furiosi*, reservada para las personas con discapacidad y cuyo origen se traza ya en la Ley de las XII Tablas —lo que no deja de ser plasmación escrita de una institución consuetudinariamente presente con anterioridad¹⁶. La *cura furiosi* suponía la obligación del *curator* de administrar el patrimonio del *furiosus* no en

¹¹ Berger, A., “Iurisdictio contentiosa” en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Vol. 43, Part. 2, American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, p. 524.

¹² Böcking, E., *Römisches Privatrecht*, 2.^a ed., Verlag von Max Cohen und Sohn, Bonn, 1862, p. 182.

¹³ Girard, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, A. Rousseau, Paris, 1906, p. 222.

¹⁴ Esta noción de deber late en el nuevo art. 200 CC que, referido a los menores, establece lo siguiente: “(l)as funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”. Curiosamente, nada similar se prevé respecto de la curatela. Von Savigny, C. F., habla de obligación entre el tutor o el curador y el necesitado de apoyo: “Der juristische Inhalt dieser Verhältnisse (de la tutela y de la curatela) ist ein zwiefacher. Erstlich ersetzen sie zunächst die fehlende Handlungsfähigkeit eines Rechtsfähigen. Zweitens verwandeln sie sich späterhin in Obligationen zwischen dem, welcher Tutor oder Curator war, und dem Pflegebefohlenen” (*op. cit.* p. 362). Esta noción de deber público y de solidaridad también latía en el Proyecto de 1821 de CC que, en el Discurso Preliminar que lo acompañó, se refería al art. 6 de la CE 1812 (“(e)l amor de la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo el ser justos y benéficos”). No es momento, sin embargo, de discutir si algo que se *debe* puede ser a la vez solidaridad. Al respecto es ilustrativo el debate respecto del bien jurídico protegido en el delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP). *Cfr.* Carbonell Mateu, J. C., “Omisión del deber de socorro”, en González Cussac, J. L., (coord.), *Derecho Penal – Parte Especial*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

¹⁵ Existían otros supuestos como los *bonis dati curatores* (D.50.4.1.4), y otros como el *curator absentis* el *curatis ventris nomine* para el *nasciturus* (D.37.9.1.17) o el *curator hereditatis iacentis*. Al respecto, *cfr.* Endemann, F., *Römisches Privatrecht*, Walter de Gruyter & CO, Berlin und Leipzig, 1925, p. 211. También hace Valiño, E., mención al *curator bonorum*, designado por los acreedores para que administre el patrimonio del deudor concursado (Valiño, *op. cit.*, p. 330). Debe tenerse en consideración, sin embargo, como dice Girard, *op. cit.*, p. 222, que “la curatelle est destinée à remédier à des incapacités accidentelles, susceptibles de varier à l’infini”, de manera “il est presque impossible de faire une énumération absolument complète des curatelles”.

¹⁶ Castán Pérez-Gómez, S., *Discapacidad y Derecho Romano*, Reus, Madrid, 2019, p. 159. Sobre la *cura furiosi*, *cfr.* Martínez de Morentín Llamas, M.^a L., “De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)”, *Anuario de Derecho Civil*, 2004, fasc. 2, pp. 776-800.

interés de este, sino de sus presuntos herederos y del propio *curator*¹⁷, llamado a sucederle si moría sin testamento¹⁸. Por tanto, esta *cura* no tuvo primordialmente una función protectora de la persona del *furiosus*¹⁹. Ahora bien, como recuerda Petit, la función protectora del *curator* no se agotaba en la administración del patrimonio del curatelado, sino que “la misma obligación tiene [el curador] de hacer lo posible por su curación (...)”²⁰. E incluso, algunos como Schweppe situaron el cuidado de la persona del *furiosus* como lo esencial de la curatela, con base en D. 27.10.7²¹.

2.3.2. La intervención del magistrado

La intervención del magistrado en la vida de la *cura* romana no fue perceptible en los inicios de la institución, ni siquiera en su delación, que fue puramente legítima: “desde que se manifiesta la locura, se abre la curatela para los agnados (el pariente en la línea masculina de grado más cercano) sin necesidad de una decisión particular del magistrado”²². Solo cuando la gentilidad cayó en desuso fue necesaria la intervención de un magistrado que, constituyendo la protección del *furiosus* en acto de JV²³, nombraba al

¹⁷ Endemann, *op. cit.*, p. 210; también Girard, *op. cit.*, p. 223.

¹⁸ Castán Pérez-Gómez, *Discapacidad...*, *op. cit.*, p. 159.

¹⁹ Colmenar Mallén, M.^a d. C., *Instituciones jurídico asistenciales y de guarda para mayores discapacitados: Derecho romano, recepción y problemas actuales de la necesaria incapacitación judicial*, tesis doctoral, Universitat Jaume I, 2015, p. 57.

²⁰ Petit, E., *Tratado elemental de Derecho Romano*, traducción y notas de Ferrández González, J., Editorial Saturnino Calleja, Madrid, 1926, p. 159; también, Böcking, *op. cit.*, p. 185, haciendo mención al mismo pasaje de Juliano: “Der Rechtssatz *tutor personae non rei vel causae datur*, besagt, daß der tutor die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Bevormundeten, dessen familia-beherrschenden Willen durch seine Auctorität zu ergänzen, nicht daß er, wie der *curator furiosi*, für dessen leibliches Wohl zu sorgen habe”.

²¹ Schweppe, A., *Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung*, continuado por Wilhelm Meier, 4.^a ed., Vol. 4, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1832, p. 316. En D. 27.10.7 se decía que “*Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium sed et corpus ac salus furiosi*” [“Con el consejo y cuidado del curador debe proteger (*sic*) no solamente el patrimonio, sino también el cuerpo y la salud del furioso (García del Corral, I., *Cuerpo de derecho civil...*, *op. cit.*, p. 332)]. Entre nosotros, discrepó de ello Espín Cánovas, para quien ni la tutela ni la curatela romanas tuvieron como objeto el cuidado de la persona, sino solo de los bienes (Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho civil español*, Vol. IV, 3.^a ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 478).

²² Petit, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 159.

²³ Nos abstenemos, por tanto, de entrar en la polémica doctrina que existió en su momento respecto si el nombramiento de tutor o curador es un acto JV o no, por dos motivos. En primer lugar, porque como dice Fernández De Buján, hoy es comúnmente admitido que la *datio tutoris* o *curatoris* respondía efectivamente a la naturaleza de la jurisdicción voluntaria en Derecho Romano (Fernández De Buján, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, *op. cit.*, pp. 102 y 105; también como uno de los actos más comunes de la JV se refiere al nombramiento de tutor Pidal, P. J., *Lecciones sobre la historia del gobierno y la legislación de España*, Imprenta de Revista de Legislación, Madrid, 1880, p. 156). Y, en segundo término, porque esa es la naturaleza que se le reconoce en nuestro Derecho antiguo [la influencia del Derecho romano se dejó sentir en la jurisprudencia del TS; así, decía ya la antigua STS Núm. 83/1857 (REC: s/n, ponente Miguel Osca), de 11 de diciembre, que “el discernimiento a un tutor o curador del cargo es un acto de jurisdicción voluntaria, tan grave como solemne” Igualmente: la STS Núm. 26/1861 (REC: s/n ponente Domingo Moreno), de 30 de enero. Cabe destacar, sin embargo, el Proyecto de reforma de la LEC formulado por Maspons y Labrós, que propuso extraer del ámbito de la jurisdicción voluntaria el discernimiento de tutor y de curador: *Diario de Sesiones del Congreso*, apéndice 5 al número 5, del 21 de febrero de 1878, en Lasso Gaité, J. F., *Crónica de la codificación civil española — Procedimiento Civil*, Tomo II, Comisión General de Codificación — Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, p. 126, nota 97.

*curator*²⁴. La evolución del Derecho romano terminó por suponer la admisión de la curatela testamentaria en la que, sin embargo, era necesario —se diría que como elemento de eficacia y no de validez— el nombramiento del *curator* por parte del Pretor²⁵. El Pretor intervenía, por tanto, legitimando determinados actos²⁶. La intervención del magistrado en estos expedientes supone, pues, materializar la *ratio* clásica de la jurisdicción voluntaria romana: “sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en la constitución de una relación jurídica” (en este caso, la asistencial)²⁷.

2.4. El “procedimiento” para la declaración de la incapacidad

Una sistemática acorde al Derecho vigente impondría tratar esta cuestión con anterioridad a la de la *cura* en general, pues el procedimiento es evidentemente anterior a la provisión judicial de apoyos. Sin embargo, la especial particularidad del Derecho romano impone el tratamiento inverso. No puede asombrar, sin embargo, que no conociera el Derecho romano un procedimiento especial para la incapacitación ni que, en el hipotético caso de que este hubiera existido, la acreditación de la incapacidad pudiera cumplir con las garantías hoy existentes. Así, “la tenencia de una enfermedad mental detectada por los familiares comportaba la incapacitación *ipso iure* del sujeto y la sujeción a la *cura de los agnados*”, de manera que el Magistrado solo intervenía cuando los llamados al cargo no existieran²⁸. Incluso, respecto de los pródigos, el magistrado no podía apartarse de la decisión del padre que, en testamento, nombra curador para su hijo por causa de su propensión al gasto (D. 27.10.16 § 3)²⁹. Con el devenir del tiempo, sin embargo, fue posible afirmar un cierto reforzamiento de las garantías de la *cura* en favor de los *furiosi* de manera que, si bien el procedimiento no era parangonable a ninguno moderno —pues “dejaba espacios abiertos al abuso debido a la débil presencia del poder judicial”³⁰— sí suponía un avance frente a la “nula importancia, durante mucho tiempo,

²⁴ Petit, *op. cit.*, p. 159. Este carácter constitutivo del nombramiento por parte del tutor ya lo hizo notar Endemann, *op. cit.*, p. 211, cuando resaltaba la existencia de curatelas constituidas por el pretor (*qui a praetore constituuntur*).

²⁵ Endemann, *op. cit.*, p. 211. Misma regla respecto del curador testamentario se advierte, en la Ley XIII del Título XVI de la Partida VI. Con arreglo a D. 27.10.5., correspondía también al Pretor nombrar curador para la venta de los bienes de los senadores: “*Curator ex Senatusconsulto constituitur, quum clara persona, veluti senatoris vel uxoris eius, in ea causa sit, ut eius bona venire debeant; nam ut honestius ex bonis eius, quantum potest, creditoribus solveretur, curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a Praetore, vel in provinciis a Praeside*” [“se nombra curador en virtud de un Senadoconsulto, cuando una persona esclarecida, como la de un senador, o la de su mujer, se halle en el caso de que se le deban vender sus bienes; porque a fin que más honrosamente se les pague a los acreedores cuanto se puede con los bienes de aquel, se nombra por el Pretor o en las provincias por el Presidente, un curador para que se vendan los bienes (la traducción es de García del Corral, *Cuerpo de derecho civil...*, *op. cit.*, p. 332)].

²⁶ Pou y Ordinas, A. J., *Historia externa del Derecho Romano*, Imprenta de la viuda e hijos de J. Subirana, Barcelona, 1884, p. 100: “Además, el Pretor intervenía también en muchos actos, los cuales sin su autorización no hubieran sido legítimos, y entonces se decía que ejercía la jurisdicción voluntaria, por cuanto los ciudadanos que acudían al magistrado para esta autorización lo hacían voluntariamente y sin discusión entre ellos; así sucedía en las adopciones, las emancipaciones y otros actos semejantes”.

²⁷ Fernández De Buján, *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, *op. cit.*, p. 117.

²⁸ Castán Pérez-Gómez, *Discapacidad...*, *op. cit.*, p. 160.

²⁹ “(...) *Sed per omnia iudicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credit, eum magistratus propter aliquid forte suum vitium idoneum putaverit*” [“(...) Que en todo se ha de seguir la voluntad del testador, a fin de que aquel a quien con maduro consejo consideró pródigo el padre, no lo juzgue idóneo el magistrado acaso por algún vicio propio (García del Corral, *Cuerpo de derecho civil...*, *op. cit.*, p. 334)].

³⁰ Castán Pérez-Gómez, *Discapacidad...*, *op. cit.*, p. 160.

de la acreditación clínica de la tenencia de locura³¹. Por tanto, desde una ausencia casi total de procedimiento se terminó por llegar a un “mínimo reconocimiento pericial”³², aunque dirigido según parece, más que a proteger a la persona con discapacidad, a “descartar los que simulaban locura o demencia (...) con el propósito de eludir la responsabilidad por ciertos actos cometidos”³³. Se entiende, por tanto, la regla contenida en D. 27.10.6, con arreglo a la cual

“*Observare Praetorem oportebit, ne cui temeré citra causa cognitionem plenissimam curatorem det, quoniam plerique vel furorem, vel dementia fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent*” [“Convendrá que el Pretor cuide de no nombrarle a alguien temerariamente curador sin plenísimo conocimiento de causa, porque muchos fingen o furor o demencia para rehusar más fácilmente, habiendo recibido curador, las cargas civiles”]³⁴.

2.5. Algunas previsiones asimilables a las actuales

A pesar de las escasas garantías que presentó el Derecho romano en relación con la acreditación de la discapacidad mental o psíquica [que siguieron vigentes durante buena parte del siglo XIX en España], si existieron otras previsiones orientadas a la protección de las personas con discapacidad mental o psíquica.

2.5.1. Horas hábiles

En D. 26. 5. 8 § 2 se dice que dar tutor es posible todos los días (*dari tutor omni die poterit*). Esta regla se concretaba respecto de los *curatores (furiosi)* en D. 26. 1. 3 § 3. Allí Ulpiano recuerda que Pomponio ya había dicho que en cualquier tiempo y lugar podía darse este curador (*quolibet loco et tempore hunc curatorem dari posse Pomponius libro sexto decimo ad Sabinum scripsit*). Tal previsión había sido tradicionalmente recogida por la JV de nuestro país. Así, tanto las Partidas³⁵ como posteriormente el art. 1208.2.^a LEC 1855 y más recientemente el art. 1812 LEC 1881 habían establecido que para los actos de JV son hábiles todos los días y horas sin excepción, regla de la que se separa la actual Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJVol, en adelante). La indudable finalidad tuitiva de esta habilitación de días y horas ya había sido realizada por Gómez de la Serna que, comentando la LEC 1855, decía lo siguiente:

“al acordar la Comisión que para estas actuaciones fueran hábiles todos los días y horas sin excepción, no hizo más que formular en términos precisos una regla que,

³¹ Castán Pérez-Gómez, *Discapacidad...*, *op. cit.*, p. 160. Aun así, algunos autores alemanes habían dado cuenta de una buena cantidad de garantías, parangonables a las actuales: “esta curatela (*furiosi*) requiere siempre un examen previo y minucioso basado en la opinión de dos médicos imparciales y obligados, para que el tribunal pueda convencerse del estado mental del presunto demente. En particular, debe ser el ojo de la autoridad superior el que se cerciore de que la denuncia de este estado realizada por los familiares más cercanos del presunto demente no se hace con el fin de obtener una *cura furiosi* para él, de modo que al mismo tiempo pierda su capacidad legal de disposición, en cuyo caso pueden temer verse perjudicados” (Schweppe, A., *op. cit.*, p. 315).

³² Castán Pérez-Gómez, *Discapacidad...*, *op. cit.*, p. 187.

³³ Castán Pérez-Gómez, *Discapacidad...*, *op. cit.*, p. 188.

³⁴ La traducción es de García del Corral, *Cuerpo de derecho civil...*, *op. cit.*, p. 332.

³⁵ Ley XXXV, Título II, Partida III: “(d)ar puede el Juez guardadores a los huérfanos en los días feriados que dijimos en la Ley antes de esta”.

aceptada por el Derecho romano, ha sido admitida sin contradicción en todas partes. Hay intereses cuya protección es tan urgente, que la pérdida de un solo momento puede hacerlos perecer (...)”³⁶.

2.5.2. Enajenación o actos de disposición sobre los bienes del *furiosus*

De manera similar a lo que sucede en el expediente de los arts. 61 ss. De la actual LJV el Derecho romano conoció algunas reglas para disciplinar la intervención pública en los actos de disposición del *furiosus*. Así, en D. 27. 10. 17 se dice, *in fine*, que:

“(...) *Curator furiosi nullo modo libertatem praestare potest, quod ea res ex administratione non est: nam in tradendo ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertineat: et ideo si donandi causa alienet, neque traditio quicquam valebit, nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione iudicis faciat*” [“El curador del furioso no puede en modo alguno dar la libertad, porque esto no corresponde a la administración de los negocios, y por lo tanto, si enajenara por causa de hacer donación, no valdrá cosa alguna la entrega, si no hiciera esto por gran utilidad del furioso con conocimiento del juez”]³⁷.

Con esta expresión “*cognitione iudicis*” se designa la “apreciación discrecional” del Magistrado, llamado aquí a ponderar si tales actos de enajenación revisten utilidad o no para la persona con discapacidad³⁸.

3. Derecho histórico castellano

3.1. Consideración previa

En la JV histórica española es posible advertir la huella de la discapacidad. A pesar de que la competencia judicial no es desdeñable, la influencia del Derecho romano se dejó sentir muy particularmente en la municipalización de las competencias en JV, configuración competencial que perduró en España hasta bien entrado el siglo XIX. Sin embargo, la existencia de instituciones de protección de las personas con discapacidad no es perceptible por igual en todas las normas integradoras del llamado Derecho histórico español. Al contrario, determinadas normas como el Fuero Juzgo o el Fuero Real presentan escasa relevancia para nuestro estudio³⁹. A ello debe sumársele la falta de precisión, claridad y eficacia en la protección de la persona con discapacidad del Derecho consuetudinario visigodo, que luego pervive en la Alta Edad Media⁴⁰. Tampoco las

³⁶ Gómez De La Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 214; también Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 14.

³⁷ La traducción es de García del Corral, *Cuerpo de derecho civil...*, *op. cit.*, p. 334.

³⁸ Análoga expresión (“*utilitate furiosi*”) se puede trazar en D. 27.10. 11: “*Pignus a curatore furiosi datum valet, si utilitate furiosi exigente id fecit*” [“Es válida la prenda dada por el curador del furioso, si hizo esto por exigirlo la utilidad del furioso” (la traducción es de García del Corral, *Cuerpo de derecho civil...*, *op. cit.*, p. 333)].

³⁹ Como señala Sesma Urzáiz, M.^a V., “La estructura de la tutela: su evolución histórica”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1985, p. 5, en las normas del sistema gótico, no existen previsiones sobre guarda de locos o dementes. *Cfr.* también Díez-Picazo, L., “Notas sobre la institución tutelar”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. XLIX-2, 1973, pp. 1371 ss.

⁴⁰ Martínez de Morentín Llamas, “De la cura furiosi...”, *op. cit.*, p. 802.

soluciones que se preveían en los viejos Fueros de Castilla como el de Cuenca⁴¹ (*circa* 1190 d. C.) o Soria⁴² (*circa* 1196 d.C.) son particularmente atractivas, pues si bien no permitían al padre la expulsión del desmemoriado ni abandonarlo a su suerte, sí le permitían tenerle encerrado o atado hasta que se curase⁴³. Este estudio comienza, por tanto, con el examen de las Siete Partidas pues, como ya había dicho Peset Reig respecto de la tutela y la curatela, “Partidas sigue siendo el texto fundamental vigente, cuando escribe Juan Gutiérrez en 1602, como en las obras de Asso y Manuel [en 1771], Sala [en 1820] o Gómez de la Serna [en 1856]”⁴⁴.

3.2. Las Siete Partidas

3.2.1. Curatela

Decía Gómez de la Serna que las Partidas habían sido especialmente solícitas con el “bienestar de los huérfanos, de los menores y de los incapacitados [e] impusieron a los guardadores la obligación de conservar sus bienes raíces (...)”⁴⁵. Esta especial protección de los desfavorecidos se tradujo en otra serie de normas y actos judiciales encaminados a tutelar los intereses de los conocidos entonces como “locos” o “desmemoriados”. A la protección de éstos se dirigía la actuación de los curadores, definidos en la Ley XIII del Título XVI de la Partida VI del siguiente modo:

“Curadores son llamados en latín, aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorce años, y menores de veinticinco años, siendo en su acuerdo. Y aun a los que fuesen mayores, siendo locos o desmemoriados. Por los que son en su acuerdo, no pueden ser apremiados que reciban tales guardadores, si non quisieren, excepto, si hiciese a ellos. Entonces los Juzgadores les pueden dar tales guardadores como esos. Otrosí decimos, que el curador no debe ser dejado en el testamento, pero si fuere y puesto, y el juzgador entendiere que es a pro del mozo, débelo confirmar”.

La intervención judicial suponía un avance frente a los precedentes romanos que no ofrecían especiales garantías respecto de la declaración de incapacitación (*cfr.* Epígrafe 1). A pesar de ello, no es posible afirmar que fuera indispensable la intervención judicial para la constitución de la curatela o guardaduría, como se deduce de la Ley IV del Título XVIII de la Partida VI: “el que se quiera excusar, que no sea guardador de huérfanos, debe mostrar delante del juez la excusa que hubiese, hasta cincuenta días, y débense comenzar a contar, desde el día que el supo primeramente que era dado por guardador”. Se da por hecho, pues, que el curador no sabía que lo era. Tampoco era

⁴¹ *Cfr.* Pérez Martín, A. “El Derecho común y el fuero de Cuenca”, *Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo*, Núm. 8, 1996, pp. 77 ss.

⁴² *Cfr.* Martínez Díaz, G. “El fuero de Soria: Génesis y fuentes”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2006, pp. 119 ss.

⁴³ García-Gallo, A., *Curso de Historia del Derecho Español*, Tomo I, Madrid, 1956, pp. 501 ss. Aquí lo citamos de García-Gallo, A., *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, p. 97.

⁴⁴ Peset Reig, M., “Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 483, 1971, p. 302.

⁴⁵ Gómez De La Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 258. Empleamos la versión de las Partidas glosada por Gregorio López (Valladolid, 1555), disponible en la Biblioteca Jurídica Digital de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, con la salvedad de adaptar sus expresiones al castellano actual y a la ortografía moderna. Accesible *online* en: <https://cutt.ly/vUk9eEi>

preceptiva la intervención judicial en el supuesto del nombramiento de tutor o curador de los Grandes de España, que correspondía directamente al monarca⁴⁶. Siguiendo también el precedente del derecho romano, tampoco parecía exigible, en términos generales, la acreditación de la incapacidad de la persona de que se tratara, lo que normalmente solo sucedía “cuando alguno tenía interés [patrimonial, se supone] en ello”⁴⁷. Así, en distintas normas se presupone que se ha nombrado curador, pero sin expresar mayor detalle respecto del procedimiento, del sujeto ni del momento en que debía solicitarse el nombramiento (*cf.* Ley XIII del Título XVI de la Partida VI, la Ley LX del Título XVIII de la Partida III o en la Ley XIII del Título I de la Partida VI)⁴⁸.

3.2.2. Otras instituciones de protección

Al margen de la guardaduría, existían en las Partidas otra serie de normas que, disciplinando la actuación del Juez, tenían por objeto la protección de los huérfanos y de aquellos que no podían gestionar sus negocios por razón de una enfermedad psíquica o mental. De un lado, se preveía intervención judicial para el caso de que el guardador fuera clérigo, en cuyo caso debía “venir ante el juez ordinario del lugar hasta cuatro meses, desde que supiere que aquel su pariente murió y dejó hijos sin guardador; y entonces debe decir ante el, de como ellos quieren ser guardadores de los huérfanos (...)” [Ley XIV, Título XVI, Partida VI]; también era necesaria la intervención del Juez, al modo romano, para enajenar los bienes de los huérfanos [Ley XVIII, Título XVI, Partida VI]; y para excusarse de la guarda [Ley IV, Título XVIII, Partida VI]. También podía de oficio el Juez remover “remover al guardador de la guarda, aunque no le acuse ninguno, si viere o entendiere que hace mal la hacienda del huérfano, en cualquiera manera quiera que lo vea, o lo entienda” [Ley III, Título XVIII, Partida VI]. De esta manera, el Juez quedaba obligado a vigilar que el curador cumpliera con su obligación de proteger no solo los bienes —como *curator rerum*— sino también e incluso “con preferencia” la persona del curatelado⁴⁹. Expresión clara de tal obligación puramente personal del curador es la Ley XVI del Título XVI de la Partida XVI, que obligaba al curador a que su curatelado aprendiera buenas maneras, a leer y a escribir, e igualmente quedaba obligado a guardarlo “dando le de comer e de vestir, e de las otras cosas que menester le fuere”.

4. La primera organización judicial liberal (1812 – 1855)

4.1. Decreto de las Cortes de Cádiz de 9 de octubre de 1812

Con este breve estudio de las Siete Partidas podemos dar por cerradas las referencias al Derecho medieval y comenzar con el tratamiento de las normas contemporáneas. Ello no significa que no se produjeran durante tantos siglos modificaciones y disposiciones importantes respecto de la intervención judicial en la discapacidad —especialmente respecto del internamiento no voluntario de la persona con discapacidad—, sino que su excesivo casuismo y particularidad se revela poco

⁴⁶ Peset Reig, M., “Los antecedentes...”, *op. cit.*, p. 312.

⁴⁷ Pedregal y Cañedo, M. *Textos y comentarios al Código Civil*, José Góngora y Álvarez — Impresor, Madrid, 1889, p. 400.

⁴⁸ Pedregal y Cañedo, M. *Textos...*, *op. cit.*, p. 400.

⁴⁹ Manresa y Navarro, J. M., Miguel, I., y Reus, J., *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 54.

interesante⁵⁰. Ya entrado el siglo XIX, la discapacidad tuvo un cierto reconocimiento constitucional en la CE 1812, que se había referido a la posibilidad de suspender el ejercicio de los derechos que derivan de la condición de español “en virtud de interdicción judicial por incapacidad física o moral” (art. 25.I). Con ello se daba ya cuenta de que era competencia de los jueces la declaración de la situación de discapacidad física (y no psíquica) que podía dar lugar a la suspensión del ejercicio de determinados derechos lo que, conforme al art. 245 de la CE 1812 era “juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado”, pues los Tribunales no podían ejercer otras funciones (art. 245 CE 1812)⁵¹. Estas y otras previsiones de la CE 1812 fueron desarrolladas por el Decreto de 9 de octubre de 1812, llamado a sentar las provisionales bases de la organización de los nuevos Tribunales de origen constitucional. De este Decreto se ha dicho que es “bastante desordenado, y [que] se aprecia en él el apremio con que fue elaborado por las Cortes; pero significa un gran avance, sobre todo en cuanto a la unidad jurisdiccional”⁵². Y a pesar de su sistemática hoy confusa, el Decreto reguló también algunos actos de JV (aunque sin atribuirles tal *nomen iuris*). Así, el art. 1.º del Capítulo Tercero (“de los Alcaldes constitucionales de los pueblos”) confirmó a los ediles en “el oficio de conciliadores”, lo que ya venía siendo práctica habitual desde las Partidas⁵³. Por su parte, el art. 6.º del mismo Capítulo determinaba que serían los Alcaldes de los pueblos los que conocieran “en todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles hasta que lleguen a ser contenciosas entre partes; en cuyo caso las remitirán al Juez de Partido”⁵⁴. El art. 14 del Capítulo Cuarto concretó la competencia en JV de los “jueces de partido”, que “conocerán a prevención con los alcaldes de los mismos, de la formación de inventarios, justificaciones *ad perpetuam*, y otras diligencias judiciales de igual naturaleza, en que todavía no haya oposición de parte”. Se trataba, por tanto, de la concreción de la regla del art. 8.º del Capítulo Cuarto, que atribuía competencia a estos Jueces “precisamente [sobre] los asuntos contenciosos de su partido”. Esta regulación decretal no puede oscurecer, sin embargo, la amplia competencia en materia de JV que la propia CE 1812 reconocía, en su art. 282, a los alcaldes: “el alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto”. Trasluce aquí una concepción preventivo-tutelar de la jurisdicción voluntaria, cuyo fin último estriba en evitar la *litis*, lo que confirmaba el art. 283 de la CE 1812 cuando establecía que:

“El alcalde, con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención, y tomará oído el dictamen de los dos asociados, la providencia

⁵⁰ Como dice Sesma Urzáiz, “La estructura de la tutela...”, *op. cit.*, p. 17, las Recopilaciones apenas establecen modificaciones al respecto.

⁵¹ La incapacidad moral se refería a supuestos de inidoneidad para desempeñar algunos cargos. Para desempeñar el de Juez, había que estar a la segunda frase del art. 251 CE 1812: “Para ser nombrado magistrado o juez se requiere haber nacido en el territorio español, y ser mayor de veinticinco años. Las demás calidades que respectivamente deban éstos tener, serán determinadas por las leyes”.

⁵² Lasso Gaite, *Crónica...*, *op. cit.*, p. 4.

⁵³ Las Cortes de Cádiz, por Decreto de 7 de octubre de 1812, confirmaron a los alcaldes constitucionales de los lugares que fueron señorío en sus funciones jurisdiccionales civiles y criminales.

⁵⁴ Lo que suponía cumplir con lo dispuesto en el art. 274 de la CE 1812: “(l)as facultades de estos jueces [los del art. 273] se limitarán precisamente a lo contencioso, y las leyes determinarán las que han de pertenecerles en la capital y pueblos de su partido, como también hasta de qué cantidad podrán conocer en los negocios civiles sin apelación”.

que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará, en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial”⁵⁵.

4.2. Reglamento provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria, dado por decreto de 26 de septiembre de 1835

En la misma línea de modernización y actualización de la organización de los Tribunales se dictó —ya siendo reina Isabel II— Decreto de 26 de septiembre de 1835, con el fin de remodelar la jurisdicción ordinaria. A diferencia del Decreto de 1812, su homólogo de 1835 no encuentra fundamento constitucional sólido, pues el Estatuto Real de 1834 no se ocupó del Poder Judicial —a diferencia de los arts. 46 ss. Proyecto de Juan de Olavarría, hecho en también en 1834 como contestación al Estatuto Real⁵⁶. En cualquier caso, la JV, tampoco con ese nombre, se hizo presente en el art. 32 del Decreto de 1835, que disponía lo siguiente:

“Conocerán también como jueces ordinarios los alcaldes y los tenientes de alcalde de los pueblos en todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles, hasta que lleguen a ser contenciosas entre partes, en cuyo caso deberán remitirlas al Juez letrado de primera instancia (...)”.

También en la conciliación [regulada en la Sección I (“Jueces y juicios de paz”) del Capítulo Segundo (“De los Jueces y juicios de paz o actos de conciliación y de los alcaldes de los pueblos como jueces ordinarios”)] se preveían normas en relación con las personas con discapacidad. Así, la conciliación obligatoria previa a la interposición de la demanda (como mandaba el art. 21 del Decreto), se exceptuaba en aquellas “causas que interesan a la Real Hacienda (...) a herencias vacantes u a menores de edad o a los que se hallen privados de la administración de sus bienes”. En este amplio concepto de los “privados de la administración de sus bienes” se encontraban subsumidos los llamados “locos” o “desmemoriados”. Procesalmente, lo cierto es que el Reglamento no señala cómo debe procederse a la sustanciación de los trámites regulados en este Capítulo Segundo, de manera que la configuración de estos quedaba al prudente arbitrio del juez⁵⁷. Por otro lado, a imagen y semejanza del Decreto de 1812, el art. 32 del Reglamento de 1835 determinó que los alcaldes y los tenientes de alcalde de los pueblos conocerán “en todas las diligencias sobre asuntos civiles, hasta que lleguen a ser contenciosas entre partes, en cuyo caso deberán remitirlas al Juez letrado de primera instancia (...)”, de manera que su competencia en JV era amplia⁵⁸. Por último, del Decreto de 1835 debe destacarse, como consolidación ya contemporánea del rol del MF en la JV relativa a las personas con discapacidad, el art. 70. Este precepto —ubicado en el Capítulo Cuarto: “de las audiencias”— determinaba que “en negocios civiles no se oirá al fiscal sino cuando interesen a la causa pública o a la defensa de la Real Jurisdicción Ordinaria”, lo que como

⁵⁵ Y, en definitiva, decía el art. 284 de la CE 1812 que “sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito alguno”.

⁵⁶ El Proyecto de Juan de Olavarría está disponible *online* en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes en el siguiente enlace: <https://n9.cl/8is8d>

⁵⁷ Lasso Gaité, J. F., *Crónica...*, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁸ Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 13.

dijera Gómez de la Serna respecto de la LEC de 1855, no era más que “reproducción y fijación del antiguo derecho”⁵⁹.

4.3. Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia, de 1 de mayo de 1844

El Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia de la Península e islas adyacentes, de 1 de mayo de 1844 se ocupó también de la JV en diversos preceptos. Su art. 103 preveía lo siguiente:

“las diligencias judiciales, que en virtud del artículo 32 del Reglamento provisional para la administración de justicia, pueden formar los Alcaldes, serán remitidas por estos a los Juzgados de partido en el momento que se hagan contenciosas, o que haya necesidad del conocimiento de derecho para su continuación, prohibiéndose expresamente el uso de Asesores, innecesarios y costosos”.

La única diferencia reseñable respecto del régimen jurídico del Decreto de 1835 es la mutación (o, mejor dicho, aparición) de fundamento constitucional, pues la breve CE 1837 sí preveía en su art. 63 que: “a los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado”. No preveía, sin embargo, la CE de 1837 norma parangonable a la necesidad de intervención judicial en la interdicción civil que sí preveía el art. 25.I de la CE 1812.

5. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855

5.1. Consideraciones previas

La LEC de 1855 puso orden en cuanto a los negocios de JV, sistematizando — “menester era hacerlo, dado el desorden proveniente de las Partidas y de las recopilaciones”⁶⁰— la doctrina general al respecto⁶¹. De la LEC 1855 decía Alcalá-Zamora que se trataba del “más prolífico código procesal civil del mundo, a causa de su gravitación en Hispanoamérica” y lo cierto es que, sin exagerar, su regulación de la JV resistió noblemente el embate del tiempo⁶². A pesar de que dejó en el olvido algunos expedientes como la adopción, la LEC 1855 significó un notable avance en la sistematización de los expedientes de JV⁶³. Respecto de las personas con discapacidad,

⁵⁹ Gómez De La Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 215.

⁶⁰ Fairén Guillen, V., “Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, Núm. 3, 1991, pp. 949, 950 y 951.

⁶¹ Sobre la LEC 1855 y aparte de las obras que se citan en las siguientes notas, *cfr.* Hernández de la Rúa, V., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, Madrid, 1856; y Vicente y Caravantes, J. V., *Tratado histórico, crítico filosófico, de los procedimientos judiciales y materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios*, Imprenta de Gaspar y Roig, Madrid, 1856.

⁶² Alcalá-Zamora y Castillo, N., “Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Núm. 45, 1962, p. 522.

⁶³ La explicación a esta ausencia puede encontrarse en la efectiva relevancia práctica de la adopción. Como dice Vassberg, D., E., “Orphans and Adoption in Early Modern Castilian Villages”, *The History of the Family*, Vol. 3, Tomo IV, 1998, p. 444: “Spanish legal scholars inform us that the institution of adoption was almost never used during the following six centuries, and in fact, was nearly abolished in 1851 on the grounds that it had no practical value in Spain (...). Thus Spanish juridical experts, like their

en la LEC 1855 se produce por primera vez, aunque de manera confusa, la judicialización del proceso de incapacitación⁶⁴.

La LEC 1855 se ocupó de la JV en su segunda parte (arts. 1207 ss.) y, atribuyendo la competencia al Juez de Primera Instancia en detrimento de los alcaldes, “salió al encuentro de multitud de abusos y de perjuicios que más por ignorancia del derecho que por malicia se ocasionaban”⁶⁵. El primer paso en la protección de las personas con discapacidad estaba dado, pues las garantías que podían ofrecer los alcaldes en tales materias eran ciertamente reducidas —aunque tampoco los jueces de aquella época podían ofrecer una indudable protección, máxime cuando algunos tenían en completo olvido sus funciones tutelares. En cualquier caso, la LEC 1855 construyó un modelo de Juez ciertamente activo, desterrando la timidez con que en el Derecho histórico [y en la redacción originaria del CC de 1889 (*cfr. infra*)] había aparecido la intervención judicial en tal materia. Las funciones tuitivas que el Juez ofrecía tenían, pues, visos de prosperar en la liquidación de la desgraciada situación en que las personas con discapacidad habían de vivir en la España del siglo XIX; y es que, como decía Gómez de la Serna, “a pesar de los privilegios considerables que las leyes conceden a los menores y a los incapacitados, ha sido generalmente muy triste su condición: los hechos han venido a desmentir al derecho”⁶⁶. Aun así, la regulación que la LEC de 1855 ofreció de la JV trató la discapacidad —como era natural en la época— desde una perspectiva preponderantemente patrimonial y, por tanto, insuficiente. Ello no impide, sin embargo, destacar algunas reglas que, disciplinando la actuación del Juez, tuvieron notable relevancia en la protección *personal* de las personas con discapacidad.

5.2. La protección de los discapacitados en particular

5.2.1. El Promotor Fiscal

Destacó en un inicio ya la necesidad de hacer oír al Promotor Fiscal, cuando la solicitud realizada en expediente de JV “se refiera a persona o cosa, cuya protección o defensa competan a las autoridades constituidas” (art. 1208.2.ª LEC 1855), siguiéndose pues, el precedente del art. 70 del Decreto de 26 de septiembre 1835.

5.2.2. Normas de competencia territorial

También la delimitación de la competencia territorial permitía observar una tendencia —que hoy se mantiene— protectora del interés de la persona con discapacidad, de manera que competente era el Juez “del lugar del que lo necesitare” (art. 1243 LEC 1855). La competencia se atribuía al Juez de Primera Instancia tanto porque es el que por

counterparts in France, have virtually denied the existence of adoption in the early modern period; however, this expert legal judgment flies in the face of historical evidence that adoption was in fact practiced, albeit probably not according to legal standards. In the overwhelmingly illiterate environment of the typical pre-industrial Castilian village, adoptions were probably arranged informally, without governmental approval, and leaving no documentary evidence. If we insist upon scrupulous legality (which is the business of lawyers), these informal adoptions had no legal standing; consequently they did not exist”.

⁶⁴ Cabrera Mercado, R., “El proceso de incapacitación”, en González Póveda, P., y Picón Martín, J. M., *Los discapacitados y su protección jurídica*, CGPJ, Madrid, 1999, p. 210.

⁶⁵ Gómez De La Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁶ Gómez De La Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 227.

regla general puede hacer el nombramiento de curador con mayor acierto, pues “así queda más pronto adoptada la medida urgente y piadosa de libertar al que se halla en tan triste estado de los peligros que corre, y prevenir los perjuicios que naturalmente en otro caso se le han de originar”⁶⁷. O como habían dicho Manresa, Miquel y Reus, porque “ningún otro podía hacerlo con más oportunidad, ni con mayor acierto”⁶⁸.

5.2.3. El “prudente arbitrio” del Juez en la elección del curador

Otra regla de protección de la persona con discapacidad advertible en la LEC 1855 es la contenida en el art. 1247, que concedía al Juez la *facultad* de nombrar a la persona que estimare más a propósito para desempeñar la curatela, “prefiriendo, si reunieren la necesaria capacidad, las que sean parientes o amigos íntimos del incapacitado o de sus padres”, cuando no existan padres, hijos, mujer, abuelos o hermanos de la persona con discapacidad (art. 1245 LEC 1855). Esta norma no deja de ser expresión de una concepción *intra* familiar de la discapacidad, que presupone la especial idoneidad de los parientes próximos de la persona con discapacidad para cuidar de ella, lo que, en definitiva, es proyección de la cultura mediterránea en que germina la LEC 1855⁶⁹. Como se verá más adelante, en la LEC 1881 desaparece esta previsión —“parece [sin embargo] que se hubiera tenido presente por el Juez, aun cuando la Ley no lo recordarse”; aun así, bajo la LEC 1881,”el prudente arbitrio del Juez será la única norma en esta materia”⁷⁰.

⁶⁷ Gómez De La Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁸ Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁹ En los países mediterráneos, buena parte del cuidado social corre a cargo de la familia y no del Estado, como es más propio en los países del Norte de Europa. *Cfr.* al respecto, Del Pino, E., y Rubio Lara, M.^a J. (eds.), *Los estados de bienestar en la encrucijada — Políticas sociales en perspectiva comparada*, Tecnos, Madrid, 2015; y allí, muy particularmente, Moreno, L. y Marí-Klose, P., “Bienestar mediterráneo: trayectorias y retos de un régimen en transición” (pp. 126 ss.). Esta tendencia, sin embargo, está mostrando síntomas de agotamiento en nuestro país. Cuenta de ello da la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 (ap. III) cuando afirma que existen: “nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad [que] ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera”. Esta idea ya había sido también apuntada por García Rubio, “La necesaria...”, *op. cit.*, p. 181. Por otro lado, la Ley 76 de la Compilación Navarra mantiene todavía la prórroga de la responsabilidad parental respecto los hijos mayores de edad o emancipados, cuando su capacidad hubiera sido modificada mientras permanezcan bajo la convivencia de sus progenitores. También late esta idea en alguna jurisprudencia menor, *cfr.* AAP Barcelona (Sección 18.^a) Núm. 141/2020 (REC: 510/2019, ponente Pérez Tormo), de 13 de mayo: “la Sra. Gloria según manifiesta, tiene mala salud y edad avanzada, lo que dificulta el ejercicio del cargo de tutora con efectividad para proporcionar a su hijo la estimulación y los medios adecuados para el desarrollo de sus capacidades, tan necesarios para fomentar su autonomía en la medida de lo posible, por todo ello considera esta Sala que, *sin dudar de la estima de la madre para con su hijo*, se ha acreditado la imposibilidad de la Sra. Gloria para el ejercicio de la tutela con garantías de obtener el resultado que de tal institución protectora se espera” (FJ 3.^o). La cursiva es nuestra.

⁷⁰ Navarro Amandi, *Código Civil de España...*, *op. cit.*, p. 195.

5.2.4. La fiscalización de la curatela: el registro de discernimientos

Por otra parte, respecto de la fiscalización de la tutela y la curatela, el art. 1271 LEC 1855 imponía a los Jueces la obligación de examinar los registros “de todos los discernimientos que se hicieren de cargo de tutor o curador para los bienes”; el fundamento de esta previsión estriba en facilitar las medidas de inspección que establecía el art. 1271 LEC, pues

“(r)eunidos en un registro todos los discernimientos de los cargos de tutor o curador para los bienes [y los ejemplares] que se hagan en cada juzgado, desempeñarán por los jueces sus funciones protectoras, ejerciendo dicha inspección sin temor de que por negligencia u otra causa pueda ocultarse o quedar olvidado ningún expediente”⁷¹.

Tras haberlos examinado, los Jueces estaban obligados a dictar las medidas que correspondan, por ejemplo, “tomando al efecto las noticias que estimen necesarias del estado de la gestión de la tutela, o curatela, adoptarán las determinaciones que estimen convenientes para evitar los abusos, y remediar los que puedan haberse cometido” (art. 1272.6.^a LEC 1855); y aunque en un principio podía parecer que esta previsión —que “mucho deja esta disposición al prudente arbitrio de los Jueces”⁷²— solo se preveía para los bienes, también puede entenderse extendida a la persona del curatelado “sin violentar su letra ni su espíritu”⁷³.

5.2.5. El depósito de personas

Con una evidente finalidad protectora destacó el depósito del “huérfano o incapacitado que queden en abandono, por la muerte de la persona a cuyo cargo estuvieran” (art. 1277.5.^o LEC 1855), que tenía por objeto “sustraerlos así a la miseria, a la desesperación o tal vez a la muerte”⁷⁴. Como decían Manresa, Miquel y Reus, “el fundamento de esta medida se encuentra en la protección que debe dispensar la autoridad pública a toda persona desvalida, que se vea oprimida o abandonada con peligro de su seguridad personal o de su libertad”⁷⁵. El depósito podía procederse incluso de oficio (art. 1320 LEC 1855) cuando un Juez tuviere noticia “de que algún huérfano, menor (...) o incapacitado, se hallan en el caso de que habla el párrafo quinto del art. 1277”, de manera que “procederá a depositarlos, donde y como estime conveniente; adoptando a sus bienes las precauciones oportunas, para evitar abusos de todo género”. Con estos preceptos a la vista, por tanto, se puede afirmar que la LEC 1855 configuró un Juez protector de las personas con discapacidad, llamado a “obrar espontáneamente y con actividad (...)

⁷¹ Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 74.

⁷² Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 80.

⁷³ Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁴ Gómez de la Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 232. El depósito de personas tenía, decía Gómez de la Serna, el siguiente fundamento: “El poder judicial, protector de todos los derechos civiles debe garantizar la seguridad de las personas, y libertarlas de la opresión injusta en que puedan gemir por abusos de parte de los que ejercen alguna autoridad en el orden de las familias. Ha también de dispensar su protección y con la celeridad que el caso requiere a los desvalidos que, o por su edad, o por su estado intelectual, no pueden atender a sí mismos y se encuentran en un estado de abandono, mientras que no provee por los términos legales y con todas las formalidades de derecho que son prendas de acierto o su amparo permanente” (*Motivos...*, *op. cit.*, p. 232).

⁷⁵ Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 99.

arrancándo[las] de los horrores del hambre, de los rigores de la intemperie y de sus malas inclinaciones, y salvando sus bienes de la depredación a que se hallan [expuestas]”⁷⁶. Y de esta manera, el magistrado debía “mirar en todo por el bien del que tiene la desgracia de necesitar del auxilio ajeno, por la inexperiencia de su juventud, o por la incapacidad en que se halla constituido”⁷⁷. En definitiva, se trataba de que los jueces ejercieran una “vigilancia que antes se hallaba del todo abandonada”, y que satisficieran una “deuda de humanidad” que el Derecho español venía arrastrando de antaño⁷⁸.

5.2.6. La autorización judicial para disponer de bienes del incapacitado

Los arts. 1401 ss. ubicados en el Título XIII, se ocupaban “de la venta de bienes de menores e incapacitados y transacción sobre sus derechos”. En este marco, establecía el art. 1413 LEC 1855 que, “estimado el Juez bastantemente acreditadas la necesidad o utilidad de la transacción, otorgará la autorización para hacerla (...)”. La “necesidad o utilidad” a que se refiere el precepto se entendía en un sentido jurídico-patrimonial, lo que ratifica el hecho de que el art. 1412 LEC 1855 exija la opinión de tres *Letrados* en ejercicio de su profesión. Además, el procedimiento era de una elevada complejidad como para pensar que podía darse habitualmente para materializar la voluntad (más mundana que el abstracto “interés”) de la persona con discapacidad. Por otro lado, estas normas se preveían también en beneficio de los guardadores, que “se libertan (...) del antiguo derecho, tienen marcada con claridad la extensión de sus atribuciones en lo que a enajenaciones se refiere [y] no corren el riesgo de ser reconvenidos como lo eran antes, a pesar de no haber infringido el derecho escrito”⁷⁹.

5.3. La tenue acreditación de la discapacidad

Tratamiento expreso y separado exige el *procedimiento* para la declaración de incapacitación. Aunque la LEC de 1855 judicializó finalmente la incapacitación —por discapacidad psíquica⁸⁰— no reguló de manera expresa y clara un procedimiento para ello, aunque en el ya citado art. 1243 se establecía que el nombramiento del curador ejemplar se realizaría “luego de que tuviera noticia de su incapacidad”. A renglón seguido, el art. 1244 determinaba lacónicamente que “a este nombramiento deberá preceder justificación cumplida de la incapacidad”. Esta necesidad de justificar la incapacidad pretendía atajar una experiencia desgraciada en la época, que supone numerosos casos de

“personas consideradas como dementes, estando en el pleno goce de su razón: no se podía dejar de poner coto al odio, a la avaricia y a otras pasiones mezquinas, impidiendo que por sorpresa arrancaran a los Jueces una declaración que, comenzando por privar al hombre de su libertad natural, le arrebatara la

⁷⁶ Gómez De La Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, pp. 240 y 241.

⁷⁷ Gómez De La Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 230.

⁷⁸ Gómez De La Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 227.

⁷⁹ Gómez De La Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 259.

⁸⁰ Sobre la incapacitación por causas físicas ya se pronunciaba la CE 1812.

administración de los bienes y por la desesperación le llevara verdaderamente a la demencia”⁸¹.

No era posible, por tanto, proceder por presunciones “sino que es indispensable [que] sea cumplida o plena la justificación de la incapacidad”⁸². Ahora bien, que la LEC 1855 diera un paso adelante en la protección de las personas con discapacidad exigiendo una justificación de su circunstancia imposibilitante no significa que, en la práctica, las garantías fueran tan efectivas como pareciera derivar del tenor de la Ley, máxime cuando la LEC no concretaba ni el procedimiento a seguir, ni las garantías a observar⁸³. La jurisprudencia de la época había concretado que esta “justificación cumplida de la incapacidad” se realizaba por “testigos de especial pericia, o sea, médicos”; lo cierto, sin embargo, es que la acreditación de esta situación de discapacidad no era un elemento esencial del procedimiento, de suerte que “el Juzgador puede prescindir de el en los casos en que, como en el presente, no lo cree necesario” [STS Núm. 308/1863 (REC: s/n, ponente Gómez Hermosa), de 28 de diciembre]. Otros diferían al señalar que el Juez “mandará que el supuesto incapaz sea reconocido por dos facultativos idóneos”, y que “podrá también verle e interrogarle, asistiendo a dicho reconocimiento o como crea más procedente a fin de adquirir el convencimiento de que es cierta tal desgracia”⁸⁴. De notar es el distinto régimen que se preveía respecto de los pródigos respecto de los cuales se exigía declaración expresa de prodigalidad por sentencia, nombrándose “incapaz para administrar sus bienes y los de su mujer, y mandando que se procediese al nombramiento de curador ejemplar” [STS Núm. 171/1859 (REC: s/n, ponente De Arriola y Esquivel), de 20 de diciembre]. Se justificaba esta distinción, considerando que “el pródigo, fuera de la pasión dominante que le impele a malversar sus bienes, es hombre de razón cumplida; no es como el demente, que carece de ella” y que, “la incapacidad de este es natural y notoria; la de aquel solo existe por virtud de la declaración judicial (...)”⁸⁵. En definitiva, la *opinio iuris* dominante parecía ser que “el loco es incapaz *ipso facto* por la naturaleza y por la Ley, y por esto basta justificar la demencia para que se le provea de curador”, por eso no es necesario un procedimiento especialmente largo ni garantista⁸⁶.

6. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

Tras 26 años de vigencia de la LEC 1855 se promulgaba la nueva LEC por Real Decreto de 3 de febrero de 1881 que, trayendo causa de la Ley de Bases de 21 de junio

⁸¹ Gómez de la Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 229. El Decreto de 19 de mayo de 1885, sobre reglamentación de la hospitalidad de los dementes, se refería también en su preámbulo “al gran número de enfermos mentales que entraban en reclusión sin garantías eficaces y a la frecuencia con que se promueven litigios, y aun procedimientos criminales, por haberse recluso sin razón y con fines que atentan a la moral, a personas que no se hallaban en estado de demencia” [Circular de la FGE Núm. 2/1984, de 8 de junio, en torno al artículo 211 del Código Civil: el internamiento de incapaces presuntos (ap. II)]. Parece, por tanto, que los fraudes no se producían tanto para evitar el pago de deudas como para aprovecharse de la persona necesitada de apoyo.

⁸² Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 54.

⁸³ Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 55.

⁸⁴ Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 55.

⁸⁵ Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 56.

⁸⁶ Manresa y Navarro, Miguel, y Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 57. Esta posición fue paulatinamente abandonada por la jurisprudencia posterior a la LEC 1881. Hito de este abandono es, entre otras, la STS de 25 de octubre de 1901, con arreglo a la cual, sin estar judicialmente declarada incapacidad mental, no puede reputarse a la persona constituida en estado permanente de demencia (*cf.* Albácar López, y Martín Granizo, *Código Civil...*, *op. cit.*, p. 1169).

de 1880, estuvo llamada a reinar largamente en el proceso civil español⁸⁷. La renovación de la JV representó, sin embargo, un papel ciertamente residual en la nueva LEC. Así, la Ley de Bases de 21 de junio de 1880 solo se refirió a aquella en su base 25, con el siguiente tenor: “Bases para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil: (...) Organizar en la segunda parte de la Ley los actos de jurisdicción voluntaria que se crean convenientes para completar esta materia y para la aplicación de las prescripciones del Código de Comercio que lo requieran”⁸⁸. Ello explica que el tratamiento de la jurisdicción voluntaria de la LEC no fuera sustancialmente distinto a la LEC 1855⁸⁹.

6.1. Redacción originaria

La novedad más importante que introdujo la LEC en materia de jurisdicción voluntaria fue la inclusión de los expedientes relativos a la materia mercantil⁹⁰. Ahora bien, que no existan novedades sustanciales no impide reconocer determinadas normas orientadas a la protección de las personas con discapacidad. Así, tal como lo preveía su predecesora, la LEC 1881 determinó normas de competencia territorial favorables a las personas con discapacidad (art. 62.23^a) y excluyó la conciliación en las materias en que tuvieran intereses los incapacitados (art. art. 460.I.4.^o). De otro lado, el interés público en los actos de JV quedaba representado por el Promotor Fiscal, que debía ser oído “cuando la solicitud promovida afecta a los intereses públicos y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad” (art. 1815 LEC 1881, siguiendo al ya visto 1208.2.^a LEC 1855). Por otra parte, en las reglas dedicadas al “nombramiento de curadores ejemplares” (arts. 1847 ss.) es posible trazar ciertos preceptos cuyo *telos* es la protección de la persona con discapacidad. Así, el art. 1848 establecía que

“cuando la incapacidad por causa de demencia no resulte declarada en sentencia firme, se acreditará sumariamente en un antejuicio, y se nombrará un curador ejemplar interino, reservando a las partes el derecho que pueda asistirles en el juicio correspondiente”⁹¹.

⁸⁷ Aparte de los comentarios que se citan en las siguientes notas, sobre la LEC 1881, se puede ver: Atard, R., y Cervellera, S., *Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881*, Establecimiento tipográfico de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1881; Sánchez y García, A., *La nueva Ley de enjuiciamiento civil comentada, anotada y concordada con los correspondientes formularios para toda clase de juicios, incidentes, artículos y expedientes relativos a la jurisdicción contenciosa y voluntaria*, Tipografía Mariana a c. de F. Carruez, Lérida, 1881; Sidro y Surga, J., *La Ley de Enjuiciamiento civil reformada con sujeción a las bases establecidas en la ley de 21 de junio de 1880 y publicada por real decreto de 3 de febrero de 1881*, Librería de León P. Villaverde, Madrid, 1881; Herrero Martínez, M., *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881. Con la reforma del Código Civil y del de Comercio de 1885*, Imprenta, Litografía y Encuadernación de Leonardo Miñón, Valladolid, 1888. El verbo “reinar” lo emplea, en este sentido, Ramos Méndez, en “La concepción del proceso civil...”, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁸ La Ley de Bases está transcrita en Lasso Gaité, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

⁸⁹ La nueva formulación de la JV que iba a prever correspondió a González Acevedo, que se ocupó de esta cuestión en el seno de la Comisión constituida el 10 de octubre de 1878 que, presidida por Alonso Martínez, tuvo por objeto preparar la nueva LEC (Lasso Gaité, J. F., *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 142 y 148 ss.).

⁹⁰ Liébana Ortiz, J. R., “Sobre la jurisdicción voluntaria en Derecho histórico español”, *e-Legal History Review*, Núm. 14, 2012, p. 12.

⁹¹ La STS Núm. 50/1903 (REC: s/n, ponente Alonso Casaña) de 14 de febrero, se había pronunciado igualmente sobre la sumariedad de este procedimiento: “(p)receptuado por el Código que la declaración de incapacidad se haga sumariamente, es notorio que a esta condición no se acomoda la extensa tramitación del juicio ordinario, reservado (...) a las demandas que se deduzcan contra los autos que pongan

De esta manera, si por un lado se garantizaba la protección de la persona con discapacidad —nombrándose curador ejemplar interino—, por otra parte, se diluía la garantía de la acreditación de las circunstancias imposibilitantes “en un antejuicio”. Por otra parte, en la misma línea que el anterior art. 1247 de la LEC 1855, el art. 1851 LEC 1881 determinaba que “no habiendo ninguna de las personas indicadas en el artículo precedente, o no siendo aptos para la curatela, el Juez podrá nombrar a la que estimare más a propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reunieren la necesaria capacidad, la que sea pariente o amigo del incapacitado o sus padres”, lo que supone reiteración, como se decía anteriormente, de que la única regla aquí es el prudente arbitrio del Juez (para bien y para mal). Finalmente, puede advertirse un cierto retroceso en la regulación del depósito de personas, pues el art. 1880.1.º LEC 1881 solo lo preveía para los supuestos en que los hijos de familia, pupilos o personas con discapacidad sean maltratados por sus padres, tutores o curadores u obligados por los mismos a ejecutar actos reprobados por las leyes. Y así, además de venir formulado en términos menos imperativos (“podrá” dice la LEC 1881 frente al “procederá” de la LEC 1885), la formulación del supuesto de hecho en que procede es menos amplia que la que ya preveía el art. 1277.5.º LEC 1855.

6.2. Proyectos y reformas durante el siglo XX

6.2.1 Algunos proyectos relevantes

Durante la larga vida de la LEC 1881 se han ido sucediendo distintos Proyectos relevantes en materia de JV que, hasta donde sabemos, no han sido monográficamente analizados. En octubre de 1889 se publicaba el Proyecto de LEC de la Sección de reformas legislativas de la Comisión General de Codificación, en cuya base XXI se establecía lo siguiente:

“los actos llamados de jurisdicción voluntaria, en cuanto lo permitan las disposiciones de los Códigos Civiles y de comercio o de otras leyes sustantivas a ellos referentes, quedarán encomendados a los Notarios y se autorizarán por medio de actas notariales, mientras no haya resistencia u oposición de parte interesada. En estos casos, o cuando haya que suplir la falta de capacidad de alguna persona, se ajustarán cuanto sea posible al procedimiento sumario”⁹².

A pesar de la clara tendencia a la desjudicialización que se percibe en este Proyecto, las cuestiones relativas a la “falta de capacidad” (no necesariamente por discapacidad) quedaban *sub iudice*⁹³. Por otra parte, el Proyecto es relevante en la medida

término al expediente, sino a la breve y sucinta de los incidentes” (*cfr.* Albácar López, y Martín Granizo, *Código Civil...*, *op. cit.*, p. 1169).

⁹² Bases recogidas en: Lasso Gaité, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 165 ss.

⁹³ Pocos años más tarde, Ruiz Capdepón hacía público su Proyecto de Ley de bases para la reforma de la LEC (1894), en cuya base XXXIII se podía leer lo siguiente: “Se considerarán como actos de jurisdicción voluntaria, además de los que reconoce la vigente Ley, los embargos preventivos, la prevención de los abintestatos, la declaración de herederos, la aprobación judicial de las liquidaciones y particiones de herencia hechas extrajudicialmente, las solicitudes de quita y espera, de suspensión de pagos y de quiebra. En todos los actos de jurisdicción voluntaria, si se formalizase oposición, se hará contencioso el expediente y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda. El conocimiento de todos estos asuntos, mientras no sean contenciosos, corresponderá a los Jueces de instrucción, salvo los casos en que expresamente estén atribuidos a los Tribunales Municipales o a las Audiencias” (Bases recogidas en: Lasso Gaité, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 175 ss.).

en que da a entender una configuración de la JV en la que el conflicto (“resistencia u o oposición de parte”) se sustancia en la propia JV (de ahí que deban ajustarse estos casos “cuanto sea posible”) al procedimiento sumario. Ya entrado el siglo XIX, concretamente en octubre de 1918, se hacía pública una nueva Ley de Bases para la reforma de la LEC. La base 19 de esta proyectada regulación del proceso civil se ocupaba de la JV, dando cuenta de la necesidad de acompañar la regulación de las normas sustantivas (CC, CCom y LH, fundamentalmente) con la regulación de los actos de JV, sin prestar especial atención a la capacidad de las personas⁹⁴. Finalmente, destaca —como expresión de la ideología totalitaria en auge en ella época— el Anteproyecto de Ley de Bases para la nueva LEC de 1935, redactado por Cirilo Tornos Laffite que fue, a la sazón, representante de Francisco Franco en diversos pleitos⁹⁵. Allí se configuraba un Juez civil altamente activo, llamado a intervenir férreamente en los diluidos intereses privados:

“los Jueces y Tribunales tendrán en el proceso una intervención activa para: 1) requerir aclaraciones de las partes o sus defensores; 2) acordar pruebas y con relación a ellas intervenirlas directamente formulando preguntas, exigiendo confesión a los litigantes y caso de contradicción carearlos y, en suma, para perseguir la verdad de hechos en manera que quede evitada toda simulación”⁹⁶.

6.2.2. La reforma de la postulación en la jurisdicción voluntaria

Un paso más en la protección de las personas con discapacidad se dio, indirectamente, con la Ley 78/1961, de 23 de diciembre, por la que se modifican algunos arts. de la LEC 1881. Esta Ley se promulgó con el objetivo de solucionar las disfunciones que, en materia de asistencia letrada, se producían en los “actos de jurisdicción voluntaria judiciales” (párr. 1 *in fine* de la Exposición de Motivos de la Ley 78/1961). Así, se pretendió terminar con los abusos que se suscitaban en los actos de JV para los que, con arreglo al art. 10 LEC 1881 (hasta 1961) la dirección técnica de Letrado era tan solo facultativa. Esta facultad de los intervinientes en los actos de JV se había establecido

“con el bien intencionado propósito de que en tales casos los justiciables pudiesen asumir personalmente la autodefensa de sus intereses ante los Juzgados y Tribunales [y] no para que este margen de libertad de actuación personal de los interesados y litigantes se convirtiera, como ocurre las más de las veces, en fuente nutricia de intrusismo incontrolado, con evidente detrimento, no sólo de los derechos e intereses de los particulares y de las prerrogativas de la institución profesional de la Abogacía, sino, lo que todavía es más de lamentar, con menoscabo de la justicia” (párr. 6, Exposición de Motivos de la Ley 78/1961).

Así pues, la Ley de 1961 modificó el art. 10 LEC en el sentido de exigir también la intervención de Letrado en tales actos de JV, modificación con la que se “establece implícitamente una distinción entre los actos de jurisdicción voluntaria de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia y los atribuidos al conocimiento de otros órganos judiciales” (Exposición de Motivos de la Ley 78/1961). Y justamente, respecto de los

⁹⁴ “La parte de la Ley que trata de los actos de JV será modificada y ampliada para dejarla acorde, siguiendo el sentido general de la reforma, con los CC y de Comercio, la LH y las demás disposiciones que deban ser tenidas en cuenta” (Bases recogidas en Lasso Gáite, *Crónica...*, *op. cit.*, pp. 196 ss.).

⁹⁵ Sobre Cirilo Tornos Laffite, *cfr.* Estornés Lasa, B., “Tornos Laffite, Cirilo”, *Enciclopedia Auñamendi*, 2022. Disponible *online* en: <https://cutt.ly/nUKw6hM/>

⁹⁶ Lasso Gáite, *Crónica...*, *op. cit.*, p. 256.

actos de JV judicial, advierte la Exposición de Motivos de la Ley 78/1961 que la modificación de la LEC supone ahora que la asistencia de letrado es obligatoria, pues

“(s)e trata, en general, de casos que, por sus repercusiones o por el objeto mismo del negocio, requieren la colaboración del Abogado con el Juez, a causa de los juicios valorativos que ha de realizar éste y de los que son exponente muchos de los contemplados en los Códigos Civil y de Comercio, legislación hipotecaria y otras Leyes de carácter sustantivo, y los del propio Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...)” (Exposición de Motivos de la Ley 78/1961, párr. 7).

La trascendencia de las cuestiones que se ventilan en esta JV, atribuida a los Jueces de Primera Instancia, imponía la necesidad —para evitar “menoscabo de la justicia”— de la asistencia letrada y de la colaboración del Abogado con el Juez. Esto justifica que la propia Ley 78/1961 excluya la postulación obligatoria para los

“actos de jurisdicción voluntaria no atribuidos al conocimiento de los Juzgados de Primera instancia”, pues “la intervención directa y persona de los interesados (...) viene justificada por su simplicidad, naturaleza y por exigencias de orden público, características que se dan en la generalidad de los conferidos al conocimiento de los órganos de la Justicia Municipal⁹⁷ y que concurren también en los especialmente señalados en los arts. 49 y 322 del CC, aunque estos últimos correspondan a jerarquía judicial superior” (Exposición de Motivos de la Ley 78/1961, párr. 8).

7. La legislación civil común: proyectos y reformas

La prolongada vigencia del CC exige analizar la JV regulada en él, distinguiendo diversas etapas. Así, en primer término, este estudio se ocupa de los dos Proyectos más significativos del CC (el de 1821 y de 1851); en segundo término, de la redacción originaria del CC, en tercer término, de los actos de JV regulados en el CC tras la Ley de 24 de abril de 1958 —por ser la más significativa en la materia durante el franquismo; y, finalmente, de la proyección de la CE 1978 en la JV regulada en el CC, materializada a través de la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

7.1. El Proyecto de Código Civil de 1821

En los Proyectos que precedieron al CC de 1889 se tuvo en buena consideración la protección de las personas con discapacidad. Tanto en este Proyecto de 1821 como en su homólogo de 1851 se deja sentir la influencia del *Code* francés de 1804 si bien, como

⁹⁷ La LOPJ 1870 suprimió definitivamente las competencias jurisdiccionales de los alcaldes, atribuyendo tales competencias a los Jueces municipales, cuya configuración consolidó la Ley de Justicia Municipal, de 7 de agosto 1907. A fecha de 1961 (tomada como referencia por ser la de la entrada en vigor de la Ley 78/1961), las competencias más relevantes de estos jueces en materia de discapacidad se podían encontrar en los arts. 203 o 232 CC: “(l)os Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación. Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados” (art. 203). Y, “(e)l Juez municipal que descuidare la reunión del consejo de familia en cualquier caso en que deba proveerse de tutor a los menores o incapacitados, será responsable de los daños y perjuicios a que diere lugar su negligencia”, entre otros” (art. 232).

decía Peset Reig, “temperada por una amplia utilización del derecho anterior hispano”⁹⁸, lo que explica siga vigente en él la distinción entre tutela y curatela, suprimida del Código francés⁹⁹. En el Discurso Preliminar —“trabajo de meditación y estudio, en que revelan sus autores lo mucho que habían pensado y discutido (...)”¹⁰⁰— que acompañó al Proyecto de 1821 se podía leer, al respecto, lo siguiente:

“La sociedad sería un estado habitual de guerra y de exterminio si las leyes, en lugar de precaver con tiempo los excesos y los perjuicios, se ocuparan únicamente en castigar crímenes, y reparar males. El hombre hasta cierta edad sería el juguete de su irreflexión y de las asechanzas de los malvados que le rodeasen, si estuviera abandonado á sí mismo. En igual caso se hallan los que por extravío de sus pasiones, ó por flaqueza de juicio, ú otra imposibilidad física, han sido declarados inhábiles para promover su bienestar. La sociedad, pues, faltaría á su noble y justo empeño de proteger las propiedades individuales con leyes *sabias y justas* sino extendiese sus miradas compasivas hacia estos seres miserables para dispensarles su amparo.

Tal es el fundamento de las leyes sobre tutela y curaduría. La ley ampara al débil, cometiendo al fuerte en este encargo. De aquí se sigue, que toda tutela y curaduría dimana eminentemente de la ley; y con respecto al que la desempeña, no es otra cosa mas que el cumplimiento de la obligación constitucional de ser benéficos. La beneficencia nos obliga á prestar al desvalido aquella proteccion que desearíamos obtener si ocupásemos el lugar suyo”.

El Proyecto de 1821 se ocupó de la institución básica de protección de las personas con discapacidad en el Título III [(d)e la condición de protector y protegido] en los arts. 394, bajo el nombre clásico de “curaduría”. El art. 394 establecía que la curaduría es el “encargo de proteger y cuidar los bienes, y aun las personas en su caso, de los mayores de veinte años huérfanos, y de los mayores de veinte y cinco libres de la potestad patria, cuando unos y otros se hallan incapacitados de administrar sus cosas por algún impedimento físico ó moral”¹⁰¹. Esto se completaba con lo previsto en el art. 395 CC, que decía: “la Ley tiene por incapacitados á los locos, á los mentecatos, y á los habitualmente disipados ó pródigos, declarados como tales por la competente Autoridad judicial” (según

⁹⁸ Peset Reig, “Los antecedentes...”, *op. cit.*, p. 320. A pesar de las perceptibles similitudes entre el *Code* francés y el CC español, “the Spanish civil code drastically departed from the French model in some aspects, and its subsidiary character is the most important one” (Masferrer, A., “Was the French Civil Code ‘the model’ of the Spanish One? An Approach to the Uniqueness of the Spanish Civil Code”, *GLOSSAE: European Journal of Legal History* 15 (2018), p. 120). De “temperación” habla también Sesma Urzáiz, “La estructura de la tutela...”, *op. cit.*, p. 18. Respecto a la influencia francesa en la codificación penal, véase Masferrer, A., “Tradition and Foreign Influences in the 19th Century Codification of Criminal Law: Dispelling the Myth of the Pervasive French Influence in Europe and Latin America”, en Masferrer, A., (ed.), *The Western Codification of Criminal Law — A Revision of the Myth of its Predominant French Influence*, Springer, 2017, pp. 3 ss. Igualmente, Masferrer, A., (ed.), *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte especial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020; y Masferrer, A., *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte general*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

⁹⁹ Nos servimos de la versión del Proyecto, recogida en Petit, C., *Un Código civil perfecto y bien calculado – El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid: Dykinson, 2019, pp. 271 ss.

¹⁰⁰ Antequera, J. M., *La codificación moderna en España*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1886, p. 32.

¹⁰¹ En la noción de “impedimento moral” se respiran los aires del art. 25.I de la CE 1812, restaurada durante el llamado Trienio Liberal (10 de marzo de 1820 – 1 de octubre de 1823), período en el que veía la luz este Proyecto de 1821.

el art. 396 el Juez de Primera Instancia del Partido). Es notable pues, la garantía que este art. 395 preveía respecto de la declaración de incapacitación, reservándola a la autoridad judicial. Esta previsión alejó al Proyecto de 1821 del régimen clásico romano en el que no era necesaria declaración de incapacitación alguna, salvo para el pródigo. Esta misma tendencia de protección se advierte en el art. 397 del Proyecto de 1821 que obligaba a oír al interesado y en su defecto, al Procurador síndico más antiguo del pueblo; y que concedía “acción popular para que se nombre curador a la persona incapacitada” (también para impugnar la exoneración de la tutela o curatela, *ex art.* 407). Éste nombramiento correspondía, sin embargo, al “Alcalde del pueblo de su domicilio [de la persona incapacitada] en unión con el Regidor y el Procurador síndico más antiguos” (art. 400); e igualmente le correspondía al alcalde conocer de la exclusión y de la exoneración de la exclusión de la tutela (art. 405), lo que harán en “expediente instructivo, con audiencia de partes, sin pleito ni contienda judicial” (art. 408). También se prestaba ante el alcalde el juramento antes de entrar en el ejercicio de cargo de curador (art. 414); correspondía, por el contrario, al Juez autorizar la enajenación de las cosas inmuebles del protegido (art. 429) y conocer del juicio de remoción del tutor o curador (art. 443), expediente que podía iniciar por acción popular (art. 442).

Por tanto, en el Proyecto de 1821, la discapacidad jugó un rol importante en JV, a la que quedaron reservados los actos más trascendentes respecto de la persona con discapacidad, como conocer del juicio de remoción del tutor o curador o autorizar la enajenación de bienes inmuebles del curatelado.

7.2. El Proyecto de Código Civil de 1851

El Proyecto de 1851 disciplinó en su Título X [(d)e la curaduría)] la institución básica de protección de las personas con discapacidad, siguiendo la tradición del Proyecto de 1821¹⁰². El art. 278 del Proyecto de 1851 establecía que “se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes por sí mismo”. La concreción de quiénes son incapaces se da en el art. 279. Con arreglo a este precepto, lo son el “loco o demente, aunque tenga intervalos lúcidos, el sordomudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo y el que está sufriendo interdicción civil”¹⁰³. La legitimación para solicitar la declaración de incapacidad es ciertamente amplia, pues se concede al cónyuge y también a “todos los parientes del incapaz” (art. 280), respecto de lo que “nada hay expreso (...) Derecho Romano y Patrio” decía García Goyena¹⁰⁴. Esto se explica por la inexistencia de un procedimiento reglado para la declaración-acreditación de la locura. Por otra parte, también está legitimado (y no obligado) el MF para pedirla en los casos “de locura o demencia, si el loco no tiene parientes o cónyuge, o si teniéndolos, no la pidieren” (art. 281); obligado está, sin embargo, en el caso “del loco que se halle en estado de furor” (art. 281), pues pelagra el reposo público y la seguridad individual¹⁰⁵. Se criticó con

¹⁰² Empleamos la versión digitalizada del texto incluido en la obra de Lasso Gaité, J. F., *Crónica de la Codificación Española*, Vol. 4, Ministerio de Justicia — Comisión General de Codificación, 1980 con algunas adaptaciones y disponible *online* en: <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>

¹⁰³ En la versión digitalizada que transcribe Lasso Gaité (*cfr.* nota anterior) no se incluye — desconocemos por qué — el inciso “aunque tenga intervalos lúcidos” que sí aparece en la versión que comenta el mismo García Goyena (García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo I, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 268).

¹⁰⁴ García Goyena, *Concordancias...*, *op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁵ García Goyena, *Concordancias...*, *op. cit.*, p. 271.

justicia, sin embargo, que no fuera obligatoria siempre la solicitud de declaración de incapacidad, pues “¿qué ha de ser del desgraciado demente en tan completo abandono?”¹⁰⁶.

Procesalmente no era necesario dar audiencia al demandado ni tampoco a los facultativos, aunque sí al Consejo de Familia (art. 282). Ya sugería García Goyena que fuera siempre obligatorio interrogar al demandado (al modelo del art. 500 del *Code français*) y a los facultativos tan solo cuando se estime conveniente¹⁰⁷. Por otra parte, los intereses de la persona con discapacidad quedaban salvaguardados por el MF que “es su defensor nato” (art. 284) en los juicios promovidos por particulares “contra los locos o dementes” (art. 284), no de los pródigos, que pueden defenderse por sí mismos¹⁰⁸. De otro lado, respecto de la importante cuestión de la gradación de la incapacitación, la sentencia podía bien declarar la “interdicción absoluta” o bien prohibirle determinados actos (art. 286). Se recoge, por tanto, la posibilidad de graduar la amplitud de la incapacitación —circunstancia que curiosamente la redacción originaria del CC solo preveía respecto de los sordomudos (art. 218 CC original). Sobre esta cuestión en el art. 286 del Proyecto de 1851 son especialmente ilustrativas las palabras de un diputado francés, transcritas por García Goyena:

“‘Feliz y sabia innovación’, exclama un orador al hablar del temperamento introducido por el artículo 499 francés. Ella evita a la justicia la facultad de no emplear la severidad y el rigor de la interdicción sino en los casos más apremiantes y menos equívocos, y que, conservando al hombre débil la disposición de sus rentas, le pone al mismo tiempo en la imposibilidad legal de ser el juguete de aquellos seres viles, que no ser avergonzarían de tender redes a su facilidad para tragarse su fortuna, y precipitarle en la desgracia”¹⁰⁹.

Respecto de la publicidad de las resoluciones de incapacitación, el art. 288 del Proyecto de 1851 establecía que “la ejecutoria que recaiga se insertará en las tablas de anuncios del Tribunal; se publicará en el papel oficial del Gobierno, y se inscribirá en el registro público de los derechos reales” (art. 288)]. Las consecuencias del incumplimiento de la resolución se determinaban en el art. 289, con arreglo al cual “todos los actos de administración posteriores y contrarios a la ejecutoria, son nulos de derecho”, mientras que “los anteriores podrán ser anulados, cuando la causa de la interdicción existía notoriamente en la época de su otorgamiento” (art. 289)]. Finalmente, respecto de la protección personal del discapacitado, el art. 298 daba expresa cuenta de que “la primera obligación del curador ha de ser cuidar que el incapaz adquiera o recobra su capacidad; y a este objeto se han de aplicar principalmente los productos de sus bienes”, en lo que coincidía, en cierta manera, García Goyena:

“y como la mayor desgracia del interdicto es su lastimoso estado mental, a sacarle y curarle de el se han de aplicar primera y principalmente sus rentas, pues no puede hacerse un uso más útil y piadoso de ellas. Este encargo u obligación alejará al

¹⁰⁶ García Goyena, *Concordancias...*, *op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁷ García Goyena, *Concordancias...*, *op. cit.*, p. 272.

¹⁰⁸ García Goyena, *Concordancias...*, *op. cit.*, p. 273.

¹⁰⁹ García Goyena, *Concordancias...*, *op. cit.*, p. 274. Sobre la gradación de la incapacidad antes de la reforma de 1983, *cfr.* Fernández Martín Granizo, M., “La incapacidad de los locos y dementes: ¿es susceptible de graduación en nuestro derecho positivo?”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 2, 1967, pp. 213 ss.

consejo y curador de acceder a las sórdidas o inhumanas economías que puedan proponer los presuntos herederos”¹¹⁰.

7.3. El Código Civil de 1889

Tras un largo, difícil y tortuoso proceso de codificación, el 16 de agosto de 1889 entraba en vigor el CC, que hasta hoy rige. También el primer CC de nuestra historia se hizo eco de la necesidad de proteger a los más débiles, previendo tanto normas materiales como relativas a la JV¹¹¹. Respecto de la incapacitación, el CC siguió un modelo rígido en el que la incapacitación total y la tutela representativa fueron la solución habitual¹¹². Tampoco distinguió entre tutela y curatela —como se hacía en el Derecho romano y, por influencia suya, en Partidas y en los Proyectos de 1821 y 1851¹¹³. En términos generales se puede afirmar, por tanto, que el CC originario siguió en esta materia al *Code* francés con el *handicap* añadido de tener que “unificar situaciones y realidades muy distintas”¹¹⁴.

7.3.1. Consideración previa

El punto de partida respecto de la protección de las personas con discapacidad y la intervención judicial en JV debe encontrarse en el antiguo art. 32 CC que, con ya arcaicos términos, establecía lo siguiente:

“La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas. (...). La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero”¹¹⁵.

¹¹⁰ García Goyena, *Concordancias...*, *op. cit.*, p. 283.

¹¹¹ A pesar de la afición a la JV, el CC solo hacía referencia expresa de ella en el art. 1341 CC: “(e)n todo caso queda prohibida la pesquisa de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote, y los Tribunales, en acto de jurisdicción voluntaria, harán la regulación sin más investigación que las declaraciones de los mismos padres dotantes y la de los dos parientes más próximos de la hija, varones y mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna, residentes en la misma localidad o dentro del partido judicial”.

¹¹² De La Rosa Cortina, J. M., “Los derechos de las personas con discapacidad: últimas tendencias”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 2019, p. 714.

¹¹³ Aun así, inexplicablemente, dice Espín Cánovas, el art. 1764 CC de la redacción originaria del CC se refería a la “curatela” (Espín Cánovas, *Manual...*, *op. cit.*, p. 478.)

¹¹⁴ Peset Reig, “Los antecedentes...”, *op. cit.*, p. 337.

¹¹⁵ La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela suprimió el párr. 2 del art. 32; y en su DA Única establecía que “entre tanto no se proceda a regular de otra manera en la Ley de Enjuiciamiento Civil serán aplicables al procedimiento de incapacitación y al de declaración de prodigalidad las normas del juicio declarativo de menor cuantía, no admitiéndose el allanamiento a la demanda ni la transacción. Los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro I del Código Civil se tramitarán por las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria”. Sobre esta Ley, *cfr.* ap. 4 de este epígrafe.

Ahora bien, más allá de declarar expresamente que las personas con discapacidad no son muertos civiles, el trato que el CC les dispensó no fue esencialmente distinto de lo que preveía la legislación procesal decimonónica¹¹⁶.

7.3.2. El restringido papel del Juez municipal y la correlativa amplitud competencial del Consejo de Familia

La institución fundamental de protección de las personas con discapacidad en el CC original, suprimida de su articulado la curatela, fue la tutela, que tenía por objeto “la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos” (art. 199). Por otro lado, el art. 200 establecía en su ordinal 2.º que estaban sujetos a tutela los “locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer o escribir”. A diferencia de lo que sucedía en el Proyecto de 1851 en el que el Consejo de Familia solo intervenía en la tutela (que solo se preveía para el huérfano), en la redacción originaria del CC el Consejo de Familia desarrollaba sus competencias también respecto de la protección de las personas con discapacidad, lo que no quiere decir que, en la práctica, fuera especialmente efectiva su función tuitiva¹¹⁷. La función del tutor, en cualquier caso, era la de representar al menor o incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que la ley les permita ejecutar por sí solos, como preveía el art. 262¹¹⁸.

Así, el CC original se alejó del Proyecto de 1851 y elevó “a su verdadera y altísima importancia en las relaciones familiares”¹¹⁹ al Consejo de Familia como elemento fundamental de la protección de las personas con discapacidad¹²⁰. Su origen histórico o su procedencia extranjera fue ciertamente discutida, aunque se inclina Castán por entender que —a pesar de los precedentes comunes y forales— lo cierto es que el Consejo de Familia que regulaba el CC originario era una institución copiada o importada¹²¹. En lo que a aquí interesa, el muy amplio rol del Consejo de Familia supuso una correlativa reducción de las competencias del Juez que, respecto de las personas con discapacidad,

¹¹⁶ Terminológicamente el CC fue pródigo en expresiones como “loco” (art. 200.2º, 213, 220, 264.2º, 1246.1º, 1263.2º CC) o “demente” (por ejemplo, en los arts. 215.1º o 665), deudoras de su tiempo y tradicionales desde el Derecho romano.

¹¹⁷ Crítico: Espín Cánovas, *Manual...*, *op. cit.*, p. 499.

¹¹⁸ Manresa y Navarro, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 151.

¹¹⁹ Manresa y Navarro *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 183.

¹²⁰ Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, 6.ª ed., Tomo IV, Reus, Madrid, 1944, pp. 124 y 125.

¹²¹ Castán Tobeñas, *Derecho civil español...*, *op. cit.*, p. 126; también Espín Cánovas, *Manual...*, *op. cit.*, p. 499. Sobre el Consejo de Familia, *cfr.* por todos, Coderch Manau, S., *El Consejo de Familia en España*, A. López Robert impresor, Barcelona, 1893; y Manresa y Navarro, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 360 ss. El CC siguió en este punto un modelo de tutela familiar también en otros CC como el italiano de 1865 (que lo abandonó en 1942). Sobre esta cuestión, *cfr.* Marsá Vancells, P., “¿Tutela de familia? ¿Tutela de autoridad?”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Núm. 3, 1966. Por otra parte, una institución con similares características al Consejo de Familia es la famosa Junta de Parientes aragonesa, regulada en los arts. 170 ss. del CDFa. Despliega su competencia de manera preferente a la del Juez por ejemplo, en el art. 143.2 del CDFa que, respecto de la contribución a los gastos de la tutela, dispone lo siguiente: “(c)uando los distintos administradores no logren un acuerdo sobre su contribución a las cargas de la tutela, la Junta de Parientes, o, en su defecto, el Juez, acordará la proporción en la que según la importancia y rendimiento de los bienes han de contribuir cada uno de ellos, incluido el tutor de la persona que también administre”. Sobre la Junta de Parientes en Derecho aragonés, *cfr.* Bernad Mainar, R., “Naturaleza y fundamento de la Junta de Parientes en el Derecho Civil Aragonés”, *Revista de Derecho Civil, Aragonés*, Núm. 2, 1996.

reservó para sí las funciones más graves. En primer término, el art. 203 CC establecía la obligación del Juez municipal del lugar en que residan las personas sujetas de proveer “al cuidado de estas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación. Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados”. Así, “a los jueces municipales toca agrupar los cimientos de la institución indicada [la tutela], que ha de cuidar la persona del menor [y de la persona con discapacidad] y atender a la custodia y administración de sus bienes”¹²². Por otra parte, en el art. 213 se volvía a consignar la regla de que “no se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que preceda la declaración [judicial¹²³] de que son incapaces para administrar sus bienes”; pues la tutela “no resulta necesaria mientras la locura, la demencia o la sordomudez no sean tales que incapaciten al paciente para administrar, debiendo esta circunstancia acreditarse legalmente”¹²⁴. Por otra parte, la legitimación para instar la declaración se restringe ahora —frente a lo previsto en los anteriores Proyectos— al cónyuge y a “los parientes del presunto incapaz que tengan derecho a sucederle ab intestato” (art. 214); e igualmente se restringe el ámbito de actuación del MF obligado a pedir la incapacitación, con arreglo al art. 215:

“1.º Cuando se trate de dementes furiosos; 2.º Cuando no exista ninguna de las personas mencionadas en el artículo precedente, o cuando no hicieren uso de la facultad que les concede; 3.º Cuando el cónyuge y los herederos del presunto incapaz sean menores o carezcan de la personalidad necesaria para comparecer en juicio. [...] En todos estos casos, los Tribunales nombrarán defensor al presunto incapaz que no quiera o no pueda defenderse. En los demás, será defensor el Ministerio Público”.

Por otra parte, es de destacar que ya el CC en su redacción originaria establecía la obligación de dar audiencia a la persona con discapacidad antes de declarar la incapacidad y al Consejo de Familia (art. 216). Sin embargo, la intervención del Consejo de Familia no debía entenderse aquí limitada a ser un mero informador. Muy al contrario, el Consejo de Familia jugaba un rol activo y estaba incluso autorizado para solicitar “el concurso de médicos que lo asesoren antes de informar al Juez, obrando en este concepto a costa y como representante del incapacitado”¹²⁵. Tenía, por tanto, la auténtica categoría de parte en el procedimiento. Por otra parte, la declaración de discapacidad, conforme al art. 218, debía hacerse sumariamente en expediente, en el que “no sería justo concederla sin oír la presunto incapaz, porque esto daría lugar a violencias e injusticias que no serían nuevas en los anales del foro”¹²⁶. Finalmente, en cuanto a la gradación de la incapacitación, el CC solo permitió la modalización respecto de los sordomudos, de manera que, “fuera del caso de los sordomudos, los tribunales solo podrán declarar, o la improcedencia de la demandad, o la incapacidad absoluta”¹²⁷.

La situación procesal de la persona con discapacidad mental o psíquica contrasta marcadamente con la del pródigo, cuya tutela debía darse “en juicio contradictorio” (art.

¹²² Manresa y Navarro, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 160.

¹²³ Manresa y Navarro, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 151.

¹²⁴ Manresa y Navarro, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 79.

¹²⁵ Castán Tobeñas, *Derecho civil español...*, *op. cit.*, p. 92.

¹²⁶ Manresa y Navarro, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 182.

¹²⁷ Manresa y Navarro, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 186. La propuesta del ya citado art. 286 del Proyecto de 1851 no llegó, pues, a buen puerto.

221). La concesión de mayores garantías para la protección del patrimonio (amenazado por el pródigo) que para la tutela de la persona (con discapacidad) es muestra clara del carácter patrimonialista que informó toda la regulación del CC originario¹²⁸. Debe reseñarse, por otro lado, que la competencia para la declaración de incapacidad del tutor (la antigua exclusión) y para la remoción del tutor no corresponde a los Tribunales, sino al Consejo de Familia (art. 239), salvo que el tutor formule su reclamación ante los Tribunales dentro de los quince días siguientes al que se le haya comunicado la resolución (art. 240)¹²⁹. Con esta regulación —que seguía a los arts. 205 ss. del Proyecto de 1851— se originaba “verdadero juicio”¹³⁰ en el que, ya sí, estaba llamada a intervenir la autoridad judicial. Por otra parte, correspondía también al Consejo de Familia la señalación de la cuantía de la fianza y su cualificación, salvo que se opusiera el tutor, en cuyo caso debían resolver los Tribunales (art. 255); también era competente el Consejo de Familia para otorgar la autorizaciones a que se refiere el art. 269, como por ejemplo, “para recluir al incapaz en un establecimiento de salud” (ordinal 3°); también para fijar la retribución del tutor (art. 276); para censurar las cuentas de la tutela (art. 282). Por tanto, como puede observarse, la competencia de los Juzgados respecto de las personas con discapacidad se restringió a tomar razón de las tutelas que se constituyan en el respectivo territorio en los libros correspondientes (art. 288). Esta previsión del art. 288 CC —que como ya hemos visto, procede de los arts. 1271 de la LEC 1855 y 1875 de la LEC 1881— suponía

“la única intervención que el Código permite a la casi absoluta independencia y autónomo poder del Consejo de Familia; pues correspondiendo a este el nombramiento en muchos casos, y en otros el reconocimiento y aprobación de los tutores, con la intervención de todos los actos de tutela, el único lazo que a esta une con la autoridad judicial es el registro, en virtud de cuyos resultados podrá y deberá el juez (...) acudir en defensa de los intereses del menor o incapacitado cuando fuere necesario. Y he aquí como las críticas de los que temen arbitrariedades o descuidos del consejo de familia, merced a la libertad de que este goza, quedan atenuadas en gran parte”¹³¹.

Esta previsión se completaba con la obligación que imponía el art. 292 de examinar tales registros anualmente, “para defender los intereses de las personas sujetas a tutela” (art. 292)¹³², lo que servía para atenuar la exagerada autonomía que se concedía

¹²⁸ Fernández Martín Granizo, M., “La incapacidad...”, *op. cit.*, p. 217, nota 4: “los hay que critican, con razón, el carácter excesivamente patrimonialista de nuestro CC”. En la nota 6 del mismo estudio se puede ver una muy extensa y prolija recopilación de los CC del momento y su posición más o menos patrimonialista respecto de la protección de la persona con discapacidad.

¹²⁹ Norma distinta preveía el § 1878.II BGB en su redacción original, con arreglo al cual “Ein Mitglied [del Consejo de Familia (*Familienrhat*)] kann gegen seinen Willen nur durch das dem Vormundschaftsgericht im Instanzenzuge vorgeordnete Gericht entlassen werden” [Un miembro del Consejo de Familia solo puede ser destituido, contra su voluntad, por el Tribunal jerárquico superior al Tribunal Tutelar]. *Cfr.* Marsá Vancells, “¿Tutela de familia?...”, *op. cit.*, p. 712.

¹³⁰ Manresa y Navarro, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 235.

¹³¹ Manresa y Navarro, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 349.

¹³² El contenido de los libros a que se refieren estos preceptos está explicitado en el art. 290 CC. Como se puede observar, nada de ello se refiere a la situación personal de la persona con discapacidad: “(e)l registro de cada tutela deberá contener: 1.º El nombre, apellido, edad y domicilio del menor o incapaz, y la extensión y límite de la tutela, cuando haya sido judicialmente declarada la incapacidad. 2.º El nombre, apellido, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario, legítimo o dativo. 3.º El día en que haya sido deferida la tutela y prestada la fianza exigida al tutor, expresando, en su caso, la clase de bienes en que la haya constituido. 4.º La pensión alimenticia que se haya asignado al menor o incapaz o la declaración de que se han compensado frutos por alimentos”.

en este régimen tutelar al Consejo de Familia, como también recordaba Castán¹³³. Por otro lado, también estaba obligado el Juez municipal a ordenar de oficio la constitución del Consejo de Familia cuando tuviere conocimiento de que en su territorio existe alguna de las personas a que se refiere el art. 200 CC (art. 293 CC); a presidir la Junta para la formación del Consejo de Familia (art. 300); a imponer las sanciones que correspondan por el incumplimiento de los deberes de los miembros del Consejo de Familia (art. 306, entre otros); y a conocer de las alzas contra las decisiones del Consejo de Familia (art. 310), aunque no contra todas pues, por ejemplo, contra el acuerdo que resuelve por unanimidad no haber incapacidad o causa de remoción en el tutor o en el protutor no cabe recurso (art. 242 CC).

En definitiva, podía afirmarse que la autoridad judicial intervenía en el funcionamiento de la tutela, ocupándose del “máximo control de los diversos órganos tutelares”, pues como el art. 203 CC encomendaba a los Jueces el cuidado de los incapaces hasta el nombramiento del tutor¹³⁴. Ello no impidió, sin embargo, algunas críticas como la de Castán, que recordando las palabras de Sánchez Román, advertía que si bien no estaba excluido por completo el elemento judicial en la vida y funcionamiento de tales instituciones, sí concurría de una manera incidental, accesorio y subsidiario, sin llegar a forma parte de la entra del mismo y de la normalidad de su función¹³⁵. De la misma opinión era Espín Cánovas, aunque recordando que la jurisprudencia de la época había ensanchado ciertamente el ámbito de intervención del Juez, en aras de atenuar la vulnerabilidad a que se veían enfrentadas estas personas¹³⁶.

7.4. El régimen del CC tras la CE 1978

La entrada en vigor de la CE en 1978 supuso la necesidad de actualizar y acomodar el CC a sus disposiciones, particularmente a los arts. 10, 14, 39 y 49. Satisfacción de esta necesidad constitucional fue la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del CC en materia de tutela¹³⁷. En lo que a nosotros nos interesa, además de suprimir la institución del Consejo de Familia, la Ley 13/1983 estableció un doble régimen procesal: de una parte, para la incapacitación y la declaración de prodigalidad regían las normas del juicio declarativo de menor cuantía, a lo que se añadía la imposibilidad de allanarse a la demanda, ni de formalizar transacción; y, en segundo término, para el resto de procedimientos que derivaban de la Ley 13/1983, eran de aplicación las normas de la JV de la LEC 1881. En cualquier, más allá de la posibilidad de designar tutor o curador a la persona con discapacidad, en función de la gradación de su enfermedad, se introdujeron (con precedente en el anterior art. 213 CC) dos normas capitales destinadas a su protección: los arts. 199 y 200 CC. En cualquier caso, de toda la regulación destacan una serie de previsiones llamadas a atribuir al Juez un rol decididamente activo en la protección de las personas con discapacidad. En el régimen de la tutela —todavía posible,

¹³³ Castán Tobeñas, *Derecho civil español...*, *op. cit.*, p. 143. Igualmente, la LRC de 1957 determinaba en su art. 91 que el Encargado del Registro “examinará anualmente los asientos vigentes de la Sección 4.^a y dará cuenta al Ministerio Fiscal de lo que juzgue conveniente a la mejor defensa de los intereses de la tutela o representación”.

¹³⁴ Espín Cánovas, *Manual...*, *op. cit.*, p. 501.

¹³⁵ Castán Tobeñas, *Derecho civil español...*, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

¹³⁶ Espín Cánovas, *Manual...*, *op. cit.*, p. 479.

¹³⁷ Al respecto, *cfr.* Sesma Urzáiz, “La estructura de la tutela...”, *op. cit.*, pp. 24 ss.

bajo esa regulación, para las personas con discapacidad¹³⁸— destacaron algunas previsiones tuitivas, tanto de la voluntad de la persona con discapacidad (art. 224), como de su estado físico y personal general (art. 232). De otra parte, la intervención de oficio en la constitución de la tutela quedaba establecida en el art. 228 CC:

“Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela”¹³⁹.

El rol del Juez es, pues, altamente activo en la protección de las personas con discapacidad, lo que se proyecta en su amplio margen de decisión para el nombramiento del tutor (arts. 234, 235, 245); para su remoción de oficio (art. 248) y para suspenderlo en sus funciones (art. 249). De este modo, es el Juez el que da posesión de su cargo al tutor (art. 259); el que autoriza determinadas actuaciones de aquel (art. 272), entre otras muchas funciones de protección de la persona con discapacidad. A todas estas funciones tuitivas claramente definidas del Juez se le suma una ampliación del ámbito de actuación del MF, tras la entrada en vigor de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre¹⁴⁰.

Sin embargo, a pesar del gran avance respecto del anterior régimen, el sistema configurado por la Ley 13/1983 mostraba, ya bien entrados los años 2000, signos de agotamiento. La entrada en vigor de la CDPD hacía necesaria una reconfiguración de las instituciones tutelares y del rol que el Poder Judicial desempeñaba respecto de la discapacidad:

“(…) las reglas de la reforma de 1983 no han sido aplicadas con la extensión que cabía esperar y desear, y en la práctica han consolidado un modelo rígido, preconfeccionado y casi inmutable, en el que la “incapacitación absoluta” y, por ende, la tutela constituyen las respuestas generales a la situación de falta de capacidad, apoyándose en la consideración de la representación y la administración del patrimonio como un modelo cómodo para las necesidades del Derecho privado”¹⁴¹.

8. A modo de conclusión

I. En Derecho romano, las instituciones protectoras de las personas con discapacidad presuponían una *constatación* meramente fáctica de la discapacidad y de la

¹³⁸ La Ley 8/2021 ha eliminado la tutela para las personas con discapacidad.

¹³⁹ La previsión se completaba con la tímida regla del art. 233 CC que tan solo facultaba (y no obligaba) al Juez a establecer las medidas de vigilancia y control que estimara oportunas: “El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado. Asimismo, podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración”.

¹⁴⁰ Por ejemplo, el citado art. 232 cambia su redacción, mutando enormemente el régimen de vigilancia de las instituciones tutelares “(l)a tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. [...] En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela”. Al respecto, Cfr. Medrano Almendros, F. J., “Las funciones del Ministerio Fiscal en relación con la tutela a la vista de la modificación del Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1985, pp. 167 ss.

¹⁴¹ Álvarez Lata, N., y Seoane, J.A., “El proceso de toma de decisiones...”, *op. cit.*, p. 13.

imposibilidad de gobernar por sí mismas sus asuntos. Ello explica la práctica inexistencia de requisitos para proveer de *curator* y la escasa garantía que para la persona con discapacidad podía dispensar la intervención del Magistrado. A ello debe sumársele que las instituciones asistenciales se encaminaron más a la protección del patrimonio y de los terceros, que a la persona con discapacidad.

II. A pesar de que en términos generales —y hasta la LEC 1855— la JV se reguló en las Partidas, la constitución y vigilancia de las instituciones de protección de las personas con discapacidad fue disciplinada de manera diversa y estuvo atribuida a órganos diferenciados. Se entiende pues, que Gómez de la Serna dijera que la comisión encargada de redactar la LEC de 1855 debía realizar, ante tal caos normativo, notables reformas “respecto a las personas llamadas a desempeñar la curadoría, entrando en el terreno del derecho civil por la necesidad urgente que había de arreglar una materia escasamente definida en nuestro antiguo derecho escrito”¹⁴². En cualquier caso, de este breve recorrido histórico se desprende que el Derecho histórico español no se ocupó con excesivo detalle ni de las instituciones de protección de las personas con discapacidad ni tampoco de la JV¹⁴³. Explicación a ello puede encontrarse en la influencia del Derecho romano, que no exigió (en términos generales) declarar oficialmente la situación de discapacidad de una persona aquejada por dolencias físicas o psíquicas imposibilitantes para el ejercicio de su capacidad de obrar. En el Derecho romano, tal como se ha señalado anteriormente, y en el Derecho histórico castellano bastaba con apreciar *de facto* la existencia de tal dolencia e inmediatamente pasar a ocuparse de los bienes de la persona con discapacidad, quedando su cuidado personal a la *pietas* o benevolencia que pudiera desarrollar *motu proprio* la familia del discapacitado. A la escasa formación de la JV en el Derecho histórico medieval castellano se le añade que los alcaldes tenían atribuida buena parte de la competencia en materia de JV, hasta su supresión en la LEC 1855, lo que planteaba notables inconvenientes, como decía Gómez de la Serna:

“El derecho vigente antes de la LEC [de 1855] concedía a los alcaldes la facultad de conocer en los asuntos judiciales hasta que llegaban a ser contenciosos: consecuencia de esto era que interviniesen en muchos actos delicadísimos en que a las veces se comprometía toda la fortuna de la familia, y cuyos efectos eran después irremediables”¹⁴⁴.

III. La intervención judicial que, en sede de JV y respecto de las personas con discapacidad, preveía la LEC de 1855 era más intensa que la que podía dispensarse con el régimen anterior, pero todavía insuficiente. La protección que se deriva de las normas de la LEC 1855 es preponderantemente patrimonial. Patente era esta circunstancia cuando, comentando la Ley XIII del Título XVI de la Partida VI —aplicable en esa época como Derecho sustantivo— Manresa, Miquel y Reus decían que, aun procediendo la curaduría ejemplar bajo las mismas condiciones que la de los menores, la única diferencia estribaba en que los “locos o dementes” sí podían ser obligados a recibir curador, pues “no debe (...) considerarse la voluntad de los incapacitados para proveerles de curador, como lo exige su lamentable estado”¹⁴⁵.

¹⁴² Gómez De La Serna, *Motivos...*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁴³ Alonso Furelos, J. M., *Reflexiones sobre la vigente legislación española de la jurisdicción voluntaria en su parte general y bases para su reforma*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 83.

¹⁴⁴ Gómez De La Serna, P., *Motivos...*, *op. cit.*, p. 214.

¹⁴⁵ Manresa y Navarro, J. M., Miquel, I., y Reus, J., *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, p. 52.

IV. Tampoco la legislación civil ofreció una perspectiva excesivamente diferente. El CC previó un rígido modelo de incapacitación en el que, hasta hace escasos años, la incapacitación tota y la representación de la persona con discapacidad fueron la solución más común. Tampoco diferenció originariamente entre tutela y curatela —como sucedía en Derecho romano y, por influencia suya, en Partidas y en los Proyectos de CC de 1821 y 1851. Se puede afirmar, por tanto, que la redacción originaria del CC siguió en este punto al *Code* francés mayoritariamente.

Apéndice bibliográfico

Álvarez Mancebo, C., “Una primera aproximación a los “modelos de discapacidad” y su relación con la sociedad y el ordenamiento romanos”, *Revista General de Derecho Romano*, Núm. 37, 2021.

Arnau Moya, F., “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, Núm. 33, 2022.

Atard, R., y Cervellera, S., *Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881*, Establecimiento tipográfico de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1881.

Berger, A., “Jurisdictio contentiosa” en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Vol. 43, Part. 2, American Philosophical Society, Philadelphia, 1991.

Bernad Mainar, R., “Naturaleza y fundamento de la Junta de Parientes en el Derecho Civil Aragonés”, *Revista de Derecho Civil*, Aragonés, Núm. 2, 1996.

Berrocal Lanzarot, A. I., “Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio —los poderes y mandatos preventivos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 786, 2021; Castán Pérez-Gómez, S., *Discapacidad y Derecho Romano*, Reus, Madrid, 2019.

Böcking, E., *Römisches Privatrecht*, 2.^a ed., Verlag von Max Cohen und Sohn, Bonn, 1862.

Buchhalter-Montero, B., “Naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria respecto de las personas con discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 794, 2022.

Cabrera Mercado, R., “El proceso de incapacitación”, en González Póveda, P., y Picón Martín, J. M., *Los discapacitados y su protección jurídica*, CGPJ, Madrid, 1999.

Carbonell Mateu, J. C., “Omisión del deber de socorro”, en González Cussac, J. L., (coord.), *Derecho Penal – Parte Especial*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Castán Pérez-Gómez, S., *Discapacidad y Derecho Romano*, Reus, Madrid, 2019.

Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, 6.^a ed., Tomo IV, Reus, Madrid, 1944.

Coderch Manau, S., *El Consejo de Familia en España*, A. López Robert impresor, Barcelona, 1893.

Colmenar Mallén, M.^a d. C., *Instituciones jurídico asistenciales y de guarda para mayores discapacitados: Derecho romano, recepción y problemas actuales de la necesaria incapacitación judicial*, tesis doctoral, Universitat Jaume I, 2015.

Corvó López, F., M., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 8, 2021.

De La Rosa Cortina, J. M., “Los derechos de las personas con discapacidad: últimas tendencias”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 2019.

De Salas Murillo, S. “Incidencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad” en, Areces Piñol, M.^a T., *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

Del Pino, E., y Rubio Lara, M.^a J. (eds.), *Los estados de bienestar en la encrucijada — Políticas sociales en perspectiva comparada*, Tecnos, Madrid, 2015; y allí, muy particularmente, Moreno, L. y Marí-Klose, P., “Bienestar mediterráneo: trayectorias y retos de un régimen en transición”.

Díez-Picazo, L., “Notas sobre la institución tutelar”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. XLIX-2, 1973.

Endemann, F., *Römisches Privatrecht*, Walter de Gruyter & CO, Berlin und Leipzig, 1925.

Espín Cánovas, D., *Manual de Derecho civil español*, Vol. IV, 3.^a ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

Estornés Lasa, B., “Tornos Laffite, Cirilo”, *Enciclopedia Auñamendi*, 2022.

Fábrega Ruiz, C., F., “Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de Ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad”, en Munar Bernat, P., A. (dir.), *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Colección *lege ferenda*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

Fairén Guillen, V., “Sobre el paso de la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, Núm. 3, 1991.

Fernández de Buján, A.:

- “Acceso a la justicia de las personas con discapacidad. La especial competencia del Letrado de la Administración de Justicia conforme a la Ley 8/2021”, *Revista Acta Judicial*, Núm. 9, 2022, pp. 2 ss.

- “La Ley 8/2021, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, *Diario La Ley*, Núm. 9961, 2021.

- *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, Reus, Madrid, 1986.

Fernández Martín Granizo, M., “La incapacidad de los locos y dementes: ¿es susceptible de graduación en nuestro derecho positivo?”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 2, 1967.

Fernández-Tresguerres García, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

García del Corral, I., *Cuerpo de derecho civil romano*, publicado por los hermanos Krieger, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, 1889

García-Gallo, A., *Curso de Historia del Derecho Español*, Tomo I, Madrid, 1956.

García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo I, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

García Pons, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. LXVI, 2013.

García Rubio, M.^a P., “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Vol. X, 2018.

Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Girard, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, A. Rousseau, Paris, 1906.

Herrero Martínez, M., *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881. Con la reforma del Código Civil y del de Comercio de 1885*, Imprenta, Litografía y Encuadernación de Leonardo Miñón, Valladolid, 1888.

Lasso Gaité, J. F., *Crónica de la codificación civil española — Procedimiento Civil*, Tomo II, Comisión General de Codificación — Ministerio de Justicia, Madrid, 1999.

Liébana Ortiz, J. R., “Sobre la jurisdicción voluntaria en Derecho histórico español”, *e-Legal History Review*, Núm. 14, 2012.

Madrídejos Fernández, A., “La reforma de la regulación de la discapacidad por la Ley 8/2021, de 2 de junio — la hora del notario”, *Revista Jurídica del Notariado*, Núm. 112, 2021.

Mayor del Hoyo, M.^a V., “Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una

adaptación condicionada por la reforma estatal?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 782, 2020.

Mayor del Hoyo, M.^a V., “La escisión de los regímenes jurídicos del menor y de la persona con discapacidad”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 5-6, 2021.

Marsá Vancells, P., “¿Tutela de familia? ¿Tutela de autoridad?”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Núm. 3, 1966.

Martínez de Morentín Llamas, M.^a L., “De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)”, *Anuario de Derecho Civil*, 2004, fasc. 2.

Martínez Díaz, G. “El fuero de Soria: Génesis y fuentes”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2006.

Masferrer, A.:

- (ed.) *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte especial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- “Was the French Civil Code ‘the model’ of the Spanish One? An Approach to the Uniqueness of the Spanish Civil Code”, *GLOSSAE: European Journal of Legal History* 15 (2018).
- (ed.) *La codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte general*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- “Tradition and Foreign Influences in the 19th Century Codification of Criminal Law: Dispelling the Myth of the Pervasive French Influence in Europe and Latin America”, en Masferrer, A., (ed.), *The Western Codification of Criminal Law — A Revision of the Myth of its Predominant French Influence*, Springer, 2017.

Ortega y Gasset, J., “Anejo a mi folleto “Kant” (filosofía pura)” [1929], reeditado en Ortega y Gasset, J., “Kant, Hegel, Scheler” (1958), *Revista de Occidente*, Alianza, Madrid.

Pallarés Neila, J., “La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, Núm. 3 (julio-septiembre, 2018).

Pau, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V., Núm. 3, 2018.

Pedregal y Cañedo, M. *Textos y comentarios al Código Civil*, José Góngora y Álvarez — Impresor, Madrid, 1889.

Pereña Vicente, M., “Régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil”, en Munar Bernat, P., A. (dir.), *Principios y preceptos de reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Colección *lege ferenda*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

Pérez Martín, A. “El Derecho común y el fuero de Cuenca”, *Glossae: Revista de Historia del Derecho Europeo*, Núm. 8, 1996.

Peset Reig, M., “Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 483, 1971.

Petit, C., *Un Código civil perfecto y bien calculado – El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid: Dykinson, 2019.

Petit, E., *Tratado elemental de Derecho Romano*, traducción y notas de Ferrández González, J., Editorial Saturnino Calleja, Madrid, 1926.

Pidal, P. J., *Lecciones sobre la historia del gobierno y la legislación de España*, Imprenta de Revista de Legislación, Madrid, 1880.

Pou y Ordinas, A. J., *Historia externa del Derecho Romano*, Imprenta de la viuda e hijos de J. Subirana, Barcelona, 1884.

Sánchez y García, A., *La nueva Ley de enjuiciamiento civil comentada, anotada y concordada con los correspondientes formularios para toda clase de juicios, incidentes, artículos*

y expedientes relativos a la jurisdicción contenciosa y voluntaria, Tipografía Mariana a c. de F. Carruez, Lérida, 1881.

Sánchez Hernández, A., “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, Núm. 33, 2022.

Schulz, F., *Classical Roman Law*, reimpresión de la ed. de Oxford de 1951, acompañada por un prefacio a la reimpresión y un índice de fuentes por Wolfgang Ernst, Oxford University Press – Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1992.

Schwepe, A., *Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung*, continuado por Wilhelm Meier, 4.^a ed., Vol. 4, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1832.

Sesma Urzáiz, M.^a V., “La estructura de la tutela: su evolución histórica”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1985.

Sidro y Surga, J., *La Ley de Enjuiciamiento civil reformada con sujeción a las bases establecidas en la ley de 21 de junio de 1880 y publicada por real decreto de 3 de febrero de 1881*, Librería de León P. Villaverde, Madrid, 1881.

Torres Costas, M.^a E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

Valiño, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Facultad de Derecho de Valencia (España), Valencia, 2002.

Vassberg, D., E., “Orphans and Adoption in Early Modern Castilian Villages”, *The History of the Family*, Vol. 3, Tomo IV, 1998.

Von Savigny, C. F., *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. I, Deit und Comp., Berlin, 1840.